



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

동시이행의 항변권에 관한 연구

- 원용유무와 지체책임 중심으로 -

2017년 8월

서울대학교 대학원

법학과 민법 전공

박 준 혁

국문 초록

우리 민법 제536조는 동시이행의 항변권과 관련된 조문이며, 이와 관련하여 여러 쟁점에 대한 여러 학설이 존재한다. 특히 동시이행의 항변권의 효과를 누리기 위해 당사자가 동시이행의 항변권을 원용하여야 하는지에 대한 문제와 지체책임과 관련하여서 당사자의 이행제공의 정도에 대한 문제에 대해서는 학설의 대립이 심하다.

먼저 동시이행의 항변권의 효과를 누리기 위해 당사자의 동시이행의 항변권 원용여부에 관하여는, 다수설과 판례는 원용설 중 존재효과설의 입장을 취하고 있다. 다수설과 판례의 입장은 우리 민법의 동시이행의 항변권이 독일 민법에 영향을 받았다는 점, 소송에서의 모습을 볼 때 당사자가 원용을 하여야 인정될 수 있다는 점 등을 근거로 한다. 하지만 이러한 다수설과 판례의 모습은 첫째, 독일 민법의 동시이행의 항변권의 개념과 우리 민법의 동시이행의 항변권의 차이점에 대해 파악하지 못하고 있는 점, 둘째, 쌍무계약에서의 청구권과 항변권의 개념이 일반적인 개념과 달라질 수 있다는 점, 셋째, 실체법상의 권리의 모습과 소송법상의 권리의 모습을 구분하고 있지 않다는 문제점들이 있다. 따라서 이러한 점과 관련하여 원용불요설의 입장을 검토하여 본다.

독일의 동시이행의 항변권의 발전 모습은 쌍무계약을 전제로 하는 개념이 아니었으며, 그 후 쌍무계약과 관련한 학설은 원용불요설과 비슷하다. 또한 독일의 항변권의 개념인 “Einrede”는 우리 민법의 동시이행의 항변권의 “항변권”과 정확히 일치하지 않는다. 이에 더하여, 쌍무계약에서 상대방의 청구권은 그 자체로 자신의 채

무이행을 하여야 완전해지는 제한이 있는 청구권으로 파악하여야 할 필요성이 존재하며, 이러한 청구권의 개념에 따라 동시이행의 항변권의 “항변권”의 개념은 원용을 필수로 하는 일반적인 항변권의 모습과 달리 파악하여야 할 필요가 있다. 마지막으로 동시이행의 항변권은 실체법상 권리임에도 불구하고 소송법상의 모습으로만 해결하려는 모습이 있다. 소송법상에서는 당연히 변론주의에 따라 당사자가 원용하여야 함이 분명하지만, 실체법상의 모습은 당사자가 동시이행의 항변권을 굳이 원용하지 않아도 되는 모습이 존재한다. 하지만 다수설은 실체법상의 모습과 소송법상의 모습을 구분하지 않고 동시이행의 항변권을 파악하는 문제가 있다. 따라서 동시이행의 항변권의 원용유무와 관련하여 원용불요설의 입장이 타당하다고 생각한다.

또한 다수설과 판례는 동시이행의 항변권과 지체책임과 관련하여서, 당사자의 이행제공의 정도에 대해 계속적 이행제공설을 취하고 있다. 이는 지체책임을 묻기 위해서는 상대방이 가지고 있는 동시이행의 항변권을 소멸시켜야 할 것이고, 따라서 당사자가 이행제공을 계속하여야 한다고 보기 때문이다. 하지만 이행제공의 계속의 모습에 대해 판례가 명확하게 판시한 바를 찾아보기 힘들기 때문에, 이행제공의 모습을 통해 이행제공의 계속의 모습을 파악해보아야 하며, 그 결과 이행준비의 계속과 최고의 계속을 요하는 것으로 정리할 수 있다. 그러나 이러한 계속의 의미는 당사자에게 가혹하고 또한 분명하지 않다. 특히 최고의 계속과 관련하여 신의칙상 맞는 간격에 의해 최고를 하는 것이 최고의 계속이라고 판례에서 보고 있으나, 이러한 기준에 타당한지 여부가 결국 재판에서 판사의

재량에 의해 결정되기 때문에 당사자를 불안하게 만드는 요소일 뿐이며 부당한 의무를 당사자에게 추가적으로 부과하는 것이다. 이에 더하여 이러한 계속적 이행제공설의 입장은 우리 민법의 계약해제와 지체의 법리에도 일치하지 않는다.

따라서 동시이행의 항변권과 지체책임의 법리에 있어서, 일시적 이행제공설이 타당하다고 생각한다. 즉, 쌍무계약의 한 당사자가 한번 이행하므로 상대방을 지체에 빠뜨린 경우, 이행을 한 당사자에게 더 이상 요구되는 것은 없어야 할 것이며, 오직 지체에 빠진 상대방이 지체에서 벗어나기 위해 자신의 채무이행을 하여야 할 것을 요한다.

결론적으로, 실체법상 동시이행의 항변권의 효과를 누리기 위해 이를 원용하지 않아도 된다는 원용불요설이, 동시이행의 항변권과 지체책임과 관련하여 당사자의 이행제공의 정도는 일시적 이행제공설이 타당하다고 생각한다.

주요어 : 동시이행의 항변권, 원용유무, 원용불요설, 지체책임, 이행제공의 정도, 일시적 이행제공설

학 번 : 2015-21419

목 차

제 1 장 서론

제 1 절 문제의 제기	1
제 2 절 연구의 목적과 범위, 연구 방법	2

제 2 장 동시이행의 항변권의 의의와 법적 성질

제 1 절 쌍무계약의 의의와 특질	4
I. 쌍무계약의 의의	4
II. 쌍무계약의 특질	5
1. 쌍무계약의 성립상의 관련성	5
2. 이행상의 관련성	5
3. 존속상의 관련성	6
제 2 절 동시이행의 항변권의 의의	6
I. 동시이행의 항변권의 의미	6
II. 동시이행의 항변권의 기능	7
1. 담보적 기능	7
2. 유예적 기능	8
3. 이행촉구의 압력수단으로서의 기능	8
4. 그 외의 기능	9
III. 동시이행의 항변권과 유치권의 비교	9

제 3 절 동시이행의 항변권의 비교법	10
Ⅰ. 동시이행의 항변권의 연혁	10
Ⅱ. 동시이행의 항변권의 비교법	11
1. 국제조약에서 나타나는 동시이행의 항변권	11
1) UN국제물품매매협약(Contracts for the International Sale of Goods)	12
2) 유럽민사법의 공통기준안(Draft Common Frame of Reference)	13
3) 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law)	15
2. 대륙법계에서 나타나는 동시이행의 항변권	17
1) 독일 민법의 동시이행의 항변권	17
2) 스위스 채무법의 동시이행의 항변권	19
3) 일본 민법의 동시이행의 항변권	20
3. 영미법계에서 나타나는 동시이행의 항변권	20
1) 영국 계약법의 동시조건	21
2) 미국법에서의 동시조건	22
4. 아시아법계에서 나타나는 동시이행의 항변권	23
1) 중국 합동법의 동시이행의 항변권	23
2) 대만 민법의 동시이행의 항변권	25
5. 개정 프랑스 채권법의 동시이행의 항변권	25
1) 프랑스 채권법의 개정	25
2) 동시이행의 항변권 조문의 위치	27
3) 동시이행의 항변권의 내용	28
(1) 동시이행의 항변권의 범위	30
(2) 동시이행의 항변권의 요건	30
(3) 동시이행의 항변권의 효과	32
(4) 불안의 항변권	32

4) 소결	33
-------	----

제 3 장 동시이행의 항변권의 성립요건과 지체자

제 1 절 동시이행의 항변권의 범위와 법적 성질	35
----------------------------	----

I. 동시이행의 항변권의 범위	35
------------------	----

1. 쌍무계약상 인정되는 동시이행의 항변권	35
-------------------------	----

2. 쌍무계약 이외의 범위에서 인정되는 동시이행의 항변권	36
---------------------------------	----

II. 동시이행의 항변권의 법적 성질	37
----------------------	----

1. 원용설	37
--------	----

1) 원용설의 의의	37
------------	----

(1) 존재효과설	38
-----------	----

(2) 행사효과설	38
-----------	----

(3) 동시이행의 관계와 동시이행의 항변권 구분설	39
-----------------------------	----

2) 원용설(항변권설)의 근거	39
------------------	----

2. 원용불요설	41
----------	----

1) 원용불요설의 의의	41
--------------	----

2) 원용불요설(성질설)의 근거	42
-------------------	----

3. 판례	43
-------	----

4. 사건	45
-------	----

1) 동시이행의 항변권에서의 “항변권”의 의미	45
---------------------------	----

2) 동시이행의 항변권과 관련하여 쌍무계약에서 청구권의 파악 문제	52
--------------------------------------	----

3) 동시이행의 항변권의 소송상의 모습	54
-----------------------	----

4) 소결	56
-------	----

제 2 절 동시이행의 항변권의 성립요건	57
-----------------------	----

I. 대가적 의미가 있는 채무의 대립이 존재할 것 -----	57
1. 동일한 쌍무계약에 의한 채무일 것 -----	58
2. 채무들 상호간에 대가적 의미가 있을 것 -----	58
3. 채무들이 동시이행의 관계에 있을 것 -----	59
II. 상대방의 채무가 변제기에 있을 것 -----	61
III. 상대방이 자기의 채무를 이행하지 않고 당사자에게 이행을 청구할 것 -----	63
IV. 소결 -----	64

제 3 절 지체자의 동시이행의 항변권 -----	65
I. 긍정설 -----	65
II. 부정설 -----	67
III. 판례 -----	67
IV. 소결 -----	68

제 4 장 동시이행의 항변권과 지체책임의 법리

제 1 절 동시이행의 항변권과 지체책임 -----	70
I. 계속적 이행제공설 -----	71
II. 일시적 이행제공설 -----	72
III. 판례 -----	72
1. 이행기가 동일한 경우, 이행제공에 대한 판례의 태도 -----	73
2. 선이행의무지체에 있어서 이행제공에 대한 판례의 태도 -----	74
제 2 절 지체책임을 인정하기 위한 이행제공의 정도 -----	76
I. 이행제공의 계속의 의미 -----	77

II. 판례에서 보이는 이행제공의 계속	78
1. 지참채무의 경우	79
1) 부동산의 경우	79
(1) 부동산매매에 있어서 이행제공의 의미	80
(2) 부동산매매에 있어서 이행제공의 계속의 의미	81
2) 금전채무의 경우	82
(1) 금전채무에 있어서 이행제공의 의미	82
(2) 금전채무에 있어서 이행제공의 계속의 의미	83
2. 추심채무의 경우	84
1) 추심채무에 있어서 이행제공의 의미	85
2) 추심채무에 있어서 이행제공의 계속의 의미	85
III. 소결	86

제 3 절 계약해제를 인정하기 위한 이행제공 86

I. 계약해제의 요건으로서 이행제공	87
1. 학설	88
2. 판례	88
1) 이행기에 일방의 당사자가 이행을 하였을 경우	88
2) 양 당사자 모두 이행이 없이 이행기가 지나간 경우	89
3. 소결	91
II. 동시이행의 항변권의 지체책임에서 이행제공의 의미와의 비교	92
1. 지체책임에 있어서 이행제공의 정도	92
2. 계약해제에 있어서 이행제공의 정도	93
3. 판례에서의 비교	93
1) 동시이행의 항변권의 지체책임과 관련한 이행제공의 의미	93
2) 계약해제와 관련한 이행제공의 의미	95
4. 동시이행의 항변권의 지체책임의 요건으로서와 계약해제의 요건으로서 이행제공의 의미의 차이	95

III. 지체책임과 계약해제의 요건으로서 상이한 이행제공의 정도를 요구하므로 발생하는 문제점	96
 제 4 절 이행제공의 의미에 대한 고찰	 99
I. 계속적 이행제공설에 대한 검토	100
1. 계속적 이행제공설의 법리	100
2. 계속적 이행제공설에 따른 지체책임을 묻기 위한 요건으로서 이행제공의 계속의 의미	101
3. 계속적 이행제공설에 대한 비판	102
1) 계속적 이행제공설에 대한 학설상 비판	102
2) 판례에 대한 비판	102
3) 소결	105
II. 일시적 이행제공설에 대한 검토	105
1. 일시적 이행제공설의 법리	105
2. 일시적 이행제공설에 따른 지체책임을 묻기 위한 요건으로서 이행제공의 의미	106
3. 일시적 이행제공설에 대한 비판	106
III. 사건으로서의 일시적 이행제공설	108
1. 일시적 이행제공설에서의 한 번 이행으로 충분하다는 의미	108
1) 일시적 이행제공설에서의 이행준비	109
2) 일시적 이행제공설에서 최고의 의미	111
3) 일시적 이행제공설의 이행의 의미	113
4) 일시적 이행제공설과 동시이행의 항변권	114
2. 사안에서의 적용	114
1) 부동산매매계약에서의 매도인의 이행제공	115
2) 금전·동산채무에서의 채무자의 이행제공	115
3) 추심채무에서의 이행제공	115
3. 소결	116

제 5 장 동시이행의 항변권의 효력

제 1 절 항변권 성질로서의 효력	117
I. 이행거절권능	117
II. 원용의 유무	117
제 2 절 항변권 존재의 효력	118
I. 지체저지효	119
II. 상계금지효	119
제 3 절 항변권 행사의 효력	120

제 6 장 결론

참고문헌	125
Résumé	131

제 1 장 서론

제 1 절 문제의 제기

우리 민법은 채권·채무관계를 정하면서 기본적으로 편무계약을 기준으로 하고 있다. 하지만 계약편에서는 이와 다르게 쌍무계약과 관련한 조문들이 발견된다. 그 중 하나가 바로 민법 제536조에서 규정하고 있는 동시이행의 항변권이다.

우리 민법 제536조는 동시이행의 항변권에 대해 “① 쌍무계약의 당사자 일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때 까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다. 그러나 상대방의 채무가 변제기에 있지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다. ② 당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 본문과 같다”라고 규정하고 있고 그 외의 추가적인 조문을 두지 않고 있기 때문에, 많은 부분에 있어서 학설의 대립이 있다.

첫 번째로는 당사자들이 동시이행의 항변권의 효력을 누리기 위해서 동시이행의 항변권을 원용하여야 하는지 또는 원용하지 않아도 되는 것인지에 대한 대립이 있으며, 두 번째로는 쌍무계약에서 자신의 채무이행을 지체한 지체자가 동시이행의 항변권을 주장할 수 있는지에 대한 학설의 대립이 존재한다. 마지막으로 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로 당사자의 이행의 정도는 어떠해야 하는가에 대한 학설의 대립이 있다. 동시이행의 항변권과 관련하여 발생하는 다음과 같은 문제들에 대해 대체로 다수설과 판례는 일치하여 그 입장을 정리하고 있으며, 판례는 일관적인 입장을 예로부터 고수하고 있다.

하지만 위의 쟁점들에 대해 다수설과 판례의 입장에 따르면 때로는 그 의미가 불분명하거나 당사자들에게 가혹한 의무를 부담하게 되는 결과가 발생하기도 한다. 특히 첫 번째 쟁점인 동시이행의 항변권의 효과를 누리

기 위해 당사자들의 원용 유무에 대한 것과, 세 번째 쟁점인 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 당사자 이행제공의 요건과 관련한 문제에서 이러한 점이 발견된다.

따라서 각 쟁점에 따라 다수설과 판례의 입장이 어떠한 근거에서 이러한 주장을 펼치고 있는지 살펴보아야 할 것이며, 그러한 근거가 타당한지, 소수설의 입장은 어떠한지 추가적으로 살펴보아야 할 필요성이 발견된다. 결론적으로 각 쟁점에 대해 타당한 결론을 내리기 위해 기존의 입장들을 정리·비판하고 각 쟁점에 대한 타당한 결론을 찾기 위한 검토가 필요하다고 할 것이다.

제 2 절 연구의 목적과 범위, 연구 방법

이 논문의 목적은 동시이행의 항변권에 관한 각 쟁점들에 대한 이해와 검토를 위한 것이다. 먼저는 동시이행의 항변권의 효과를 누리기 위한 원용 유무에 대해서, 두 번째로는 지체한 상대방에게 동시이행의 항변권을 인정할 것인지에 대한 여부, 마지막으로 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로 당사자의 이행제공의 정도에 대해 검토하고자 한다. 특히 첫 번째와 세 번째 쟁점에 대해 더 자세히 살펴보고자 한다.

먼저 제2장에서는 쌍무계약과 동시이행의 항변권의 의의에 대해 먼저 살피고, 이어서 국제조약과 비교법에서 나타나는 동시이행의 항변권에 대해 정리하고자 한다. 기존 논문들과 교과서에서 국제조약이나 비교법의 동시이행의 항변권의 내용을 통합적으로 정리한 것이 없기 때문에, 국제조약이나 비교법에서의 동시이행의 항변권을 통합적으로 정리하여 보는 것은 의미가 있다고 생각하며, 비교법을 선택함에 있어서 특히 우리 민법과 관련이 깊다고 생각하는 국가들의 법을 위주로 정리하고자 한다. 또한 최근 2016년 2월 프랑스 민법이 개정되어 2016년 10월부터 시행 중이므

로, 개정 프랑스 민법에서의 동시이행의 항변권을 특별히 자세히 살펴보고 프랑스 민법에서의 동시이행의 항변권이 어떠한지 정리해보고자 한다.

제3장에서는 제1절로 동시이행의 항변권의 범위와 성질을 살펴면서, 첫 번째 쟁점으로 생각되는 동시이행의 항변권의 효과를 누리기 위해 항변권을 원용해야 하는지 여부에 대해 다루어 보기로 한다. 이에 대해 다수설과 판례가 주장하는 원용설이 타당한지에 대한 검토와 더불어 소수설의 입장을 살핍으로써, 타당한 결론이 무엇인지 연구해보고자 한다. 이어서 제2절에서는 동시이행의 항변권이 인정되기 위한 요건을 다룰 것이며, 제3절에서 두 번째 쟁점인 지체한 상대방에게 동시이행의 항변권을 인정할 것인가에 대해 다룬다. 이 또한 다수설과 판례의 입장을 살피고 타당한 결론에 대해 연구해보고자 한다.

제4장에서는 이 논문의 가장 핵심적인 쟁점이라고 생각하는 동시이행의 항변권과 관련하여 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 당사자의 이행제공의 요건에 대해 자세히 살펴보고자 한다. 이와 관련하여 각 학설, 즉 계속적 이행제공설과 일시적 이행제공설을 살펴보고, 채무의 성격에 따라 판례는 어떠한 입장에서 어떠한 요건을 요했는지 그 입장을 정리한다. 그 후 민법상 계약해제의 법리와 관련하여 비교하여 보므로 어떠한 점에서 문제가 발생하는지 살펴 본 후, 나름의 입장을 정하여 기존의 학설과 판례를 검토하고 그 결론에 따라 판례에서 나타나는 사안에 적용해 보므로 나름의 입장을 정리하고자 한다.

제5장에서는 일반적인 동시이행의 항변권의 효력에 대해 정리하며, 마지막 장인 제6장은 결론으로서 앞선 주장들을 정리하며 마무리 한다.

이 논문의 연구 방법으로는 대체로 각 쟁점에 따른 다수설과 소수설의 입장을 정리하고 판례의 입장을 정리하여 비교하는 것을 기초로 한다. 그 후 다수설과 판례의 비판받을 점과 소수설의 비판받을 점을 정리하여 나름의 결론으로 그에 대한 비판점에 대하여 재비판을 함으로써 필자의 입장에 대해 타당성을 찾으려 하며, 그 결론에 따라 판례의 재분석함으로써 실제에서도 잘 적용되는 주장인지 검토하는 방법으로 연구·정리하고자 한다.

제 2 장 동시이행의 항변권의 의의와 법적 성질

제 1 절 쌍무계약의 의의와 특질

I. 쌍무계약의 의의

쌍무계약을 살피기 위해서는 먼저 계약의 의미를 살펴보아야 할 것이다. 계약이란 둘 이상의 대립하는 의사의 합치에 의해 성립하는 법률 행위를 의미한다. 이러한 계약의 종류에는 채권계약과 물권계약, 가족법상의 계약 등이 있다. 하지만 우리 민법 제527조 이하에서 규정하고 있는 계약의 의미는 채권계약에 한정되어 이해하여야 한다. 따라서 민법 제527조 이하에서 규정하고 있는 계약의 의미는 채권의 발생을 목적으로 하는 계약으로 이해하여야 한다.

다양한 계약의 분류 중 쌍무계약은 계약에 있어서 계약상 채무를 누가 부담하는지에 따른 구분 방식에서 나타난다. 이와 같은 구분 방법에 따라, 우리 민법은 편무계약과 쌍무계약으로 나누어 본다. 편무계약이란 당사자 중 일방에게만 채무의 부담이 있는 계약을 의미하고, 쌍무계약은 양 당사자 서로 대가적인 채무를 부담하는 계약을 의미한다.¹⁾ 즉, 쌍무계약이란 계약의 양 당사자들이 서로 대가적 의미를 가지는 계약상 채무를 서로에게 부담하는 계약을 의미한다. 따라서 계약의 양 당사자들 사이에 서로 채무를 부담하긴 하지만 이들의 채무가 대가적 의미를 갖지 못한다고 한다면 이는 쌍무계약으로 인정되기 어렵다.

1) 송덕수, 채권법각론, 박영사, 2014, 68면; 이은영, 채권각론, 박영사, 2005, 135면.

Ⅱ. 쌍무계약의 특징

쌍무계약은 계약의 양 당사자들끼리 서로 대가적 의미를 갖는 채무를 부담하는 계약이다. 우리 민법에서는 서로 대가적 의미를 갖는 채무를 부담하는 관계를 “채무의 견련성”이 있다고 일반적으로 표현하며, 이러한 견련성은 쌍무계약상 채무의 성립과 이행 그리고 존속의 단계에서 모두 발견된다.

1. 쌍무계약의 성립상의 견련성

성립상의 견련성이라 함은, 양 당사자의 채무의 성립에 있어서 한 당사자의 채무의 성립이 불능, 불법 등의 이유로 성립되지 않는다면 상대방의 채무도 성립되지 않는 것을 말한다.²⁾ 따라서 한 당사자의 채무가 성립되었다 할지라도 상대방의 채무가 성립되지 않는다면, 계약은 성립하지 않는다.

2. 이행상의 견련성

이행상의 견련성이라 함은, 양 당사자 중 한 당사자의 채무가 이행되기 전까지 그 상대방 또한 자신의 채무를 이행하지 않아도 되는 것을 말한다.³⁾ 이러한 견련성이 인정되기 때문에 양 당사자 중 일방이 자신의 채무를 이행하지 않고 상대방의 채무의 이행을 청구한다면, 그 상대방은 쌍무계약의 이행상 견련성에 의하여 당사자에게 대항할 수 있는데, 이것이 우리 민법 제536조에서 규정하고 있는 동시이행의 항변권이다.

2) 김형배, 채권각론, 박영사, 제2판, 2001, 144면.

3) 이은영, 전게서, 143면.

3. 존속상의 견련성

존속상의 견련성과 관련하여, 양 당사자 중 한 당사자의 채무가 당사자의 일정한 사유에 의해 이행불능이 되었을 경우에 상대방의 채무는 어떻게 되어야 하는가의 문제를 생각해 볼 수 있다. 이 때, 존속상의 견련성이 인정되어 상대방의 채무 또한 소멸하는 경우가 있을 것이며, 상대방의 책임있는 사유로 당사자의 채무가 이행불능이 되었다면 상대방의 채무는 소멸되지 않고 존속하는 경우가 있을 것이다.⁴⁾ 이와 관련하여 우리 민법에서 제537조 채무자위험부담주의와 제538조 채권자귀책사유로 인한 이행불능으로 규정하고 있다.

제 2 절 동시이행의 항변권의 의의

I. 동시이행의 항변권의 의미

우리 민법 제536조는 동시이행의 항변권에 대해 다음과 같이 규정하고 있다.

민법 제536조 (동시이행의 항변권)

① 쌍무계약의 당사자 일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다. 그러나 상대방의 채무가 변제기에 있지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.

② 당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방의

4) 이은영, 전게서, 143면.

이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 본문과 같다.

동시이행의 항변권은 앞서 보았던 것처럼, 쌍무계약의 특질인 채무의
견련성 중 이행상 견련성과 관련되어 우리 민법에서 인정하고 있는 항변
권이다. 동시이행의 항변권은 쌍무계약상 대가적 의미를 가지고 있는 채
권·채무관계에서 당사자가 자신의 채무의 이행을 하지 않고 상대방의 이
행만을 청구하는 것은 공평과 신의칙에 어긋나기 때문에, 이러한 불공평
을 없애고 당사자 사이의 공평을 찾기 위한 취지로 인정되고 있는 제도이
다.⁵⁾ 판례에서도 동시이행의 항변권에 대해서 공평의 관념과 신의칙에 입
각하여 인정되는 제도라고 판시하고 있다.⁶⁾ 그리하여 양 당사자 중 일방
이 자기의 채무의 이행이 없이 나머지 당사자에게 채무의 이행을 청구 할
경우, 이행의 청구를 받은 상대방은 공평과 신의칙에 의해 거절할 수 있
는 권능을 동시이행의 항변권이라 할 수 있다.

II. 동시이행의 항변권의 기능

동시이행의 항변권의 기능은 담보적 기능, 유예적 기능, 압력수단으로서
의 기능 등으로 구분된다.

1. 담보적 기능

5) 강봉석, 채권각론, 법영사, 제3판, 2010, 46면; 곽윤직, 채권각론, 박영사, 제6판, 2005, 61
면; 김주수, 채권각론, 삼영사, 제2판, 1997, 99면; 송덕수, 전게서, 69면; 오시영, 채권각
칙, 학현사, 2010, 121면; 지원림, 민법강의, 홍문사, 제12판, 2014, 1337면; 곽윤직 편집
대표, 민법주해XⅢ, 채권(6), 박영사, 1997, 19면; 박준서 편집대표, 주석민법, 채권각칙
(1), 한국사법행정학회, 제3판, 1999, 272면; 김용담 편집대표, 주석민법, 채권각칙(1), 한
국사법행정학회, 제4판, 2016, 349면; 오문기, “동시이행의 항변권의 근거 및 인정 범
위”, 재판과 판례 10집, 대구판례연구회, 1999. 11, 131면; 정문성, “동시이행의 항변권”,
비교법학 제8집, 전주대학교, 2008, 428면.

6) 대법원 1999. 4. 23. 선고 98다53899 판결.

동시이행의 항변권의 담보적 기능이란, 양 당사자 중 일방이 자기의 채무이행이 없이 상대방에게 채무이행을 청구한 경우에, 그 상대방은 당사자의 채무의 이행을 조건으로 자기의 채무를 이행하겠다고 대항함으로써 쌍무계약 상대방의 채무이행을 담보하는 기능을 의미한다.⁷⁾ 따라서 이러한 동시이행의 항변권의 기능은 양 당사자 중 일방이 이행을 하였으나 상대방이 채무의 이행을 하지 않는 경우, 상대방의 채무불이행의 위험을 방지하는 기능이 있다.⁸⁾

2. 유예적 기능

쌍무계약의 당사자들이 동시이행의 항변권을 행사하면, 양 당사자 중 일방의 채무이행이 있을 때까지 그 상대방도 자기의 채무를 이행하지 않아도 된다. 이를 동시이행의 항변권의 유예적 기능이라 한다.⁹⁾ 따라서 이행 자체를 유예할 수 있기 때문에, 보통의 채무에서 이행기가 지남에 따라 발생하게 되는 지체책임이 발생할 까닭이 없게 된다.

3. 이행촉구의 압력수단으로서의 기능

채무이행의 청구를 받은 상대방은 당사자가 본인의 채무 이행을 할 때까지 동시이행의 항변권을 주장함으로써 자기의 채무를 이행하지 않을 수 있다. 이러한 효과로 인해, 당사자는 자신이 원하는 상대방의 급부를 얻기 위해서 필연적으로 당사자 자신의 채무를 먼저 이행하여야 한다. 따라서 동시이행의 항변권은 한 당사자가 상대방의 급부를 얻기 위해서 자신의 채무이행을 먼저 하여야 하는, 즉 당사자가 스스로 이행촉구를 받게 되는

7) 김형배, 전게서, 145-146면; 이은영, 전게서, 2007, 145면; 오시영, “주택임대차의 대항력과 동시이행항변권”, 재산법연구, 제32권 제3호, 2015. 11, 26면; 이동진, “채권양도, 부당이득, 동시이행”, 비교사법, 한국비교사법학회, 2015. 2, 307면.

8) 민법주해, 채권(6), 20면.

9) 이은영, 전게서, 145면.

압력수단으로서 기능을 한다.¹⁰⁾

4. 그 외의 기능

동시이행의 항변권은 양 당사자들에게 자기의 채무이행이 선행될 것을 요구하기 때문에 거래를 신속하게 하는 기능이 있으며, 또한 소송상으로는 양 당사자들의 채무를 확정하여 상환이행판결을 함으로써 소송경제에 도움이 되는 기능을 한다.¹¹⁾

Ⅲ. 동시이행의 항변권과 유치권의 비교

동시이행의 항변권은 쌍무계약의 견련성 중 이행상 견련성에 의해 인정된다. 예를 들어 매도인과 매수인이 물건의 매매계약을 체결하였을 경우, 매도인은 매수인에 대하여 대금지급청구권을 가지고 매수인은 매도인에 대하여 물건에 대한 소유권이전청구권을 갖는다. 이 때, 매도인이 자신의 채무의 이행인 재산을 매수인에게 이전을 해주지 않고 매수인에게 그에 대한 대금을 지급하라고 청구할 경우에, 매수인은 동시이행의 항변권을 행사하여 자기의 채무이행을 거절할 수 있는 것이다.

이와 같은 동시이행의 항변권과 유사한 기능을 가지고 있는 것이 물권법에서 규정하고 있는 유치권이다. 유치권은 우리 민법 제320조 제1항에서 “타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다”라고 규정하고 있으며, 그 이하에서 유치권에 관하여 세세한 규정들을 두고 있다. 유치권은 공평의 원칙에 따라 타인의 물건에 대한 점유권을 인정하는 것으로 인정취지에서 동시이행

10) 김형배, 전거서, 146면; 이동진, 전거논문, 307면.

11) 민법주해, 채권(6), 20면.

의 항변권과 유사한 점이 있다고 하지만, 동시이행의 항변권은 채권법상 인정되는 권리이고 유치권은 물권법상 인정되는 권리이기 때문에 인정하고 있는 조문의 위치를 비롯하여 그 외의 많은 차이점이 발견된다.

첫째, 동시이행의 항변권은 쌍무계약의 당사자 사이에서만 인정되는 권리임에 반해, 유치권은 물권으로서 어느 누구에게나 주장할 수 있는 권리이다. 이는 채권과 물권의 차이로 인해 발생하는 점이다. 둘째, 각각의 발생 원인에 있어서 동시이행의 항변권은 동일한 쌍무계약에 의해 발생하는 채권일 때 인정되는 것에 반해, 유치권은 발생 원인을 묻지 않으며 단지 유치하고 있는 목적물에 관하여 생긴 채권이면 족하다. 셋째, 각 법리를 인정하는 취지에 있어서 동시이행의 항변권은 쌍무계약의 당사자 일방만이 이행을 강제당하는 것을 방지하기 위하여 인정되는 것이지만, 유치권은 유치물과 관련한 채권을 담보하기 위해서 인정된다. 넷째, 구체적 내용으로 당사자에게 동시이행의 항변권은 이행거절권능을 인정하는 것이고, 유치권은 유치물을 점유하고 그 물건에 대한 인도거절권능을 인정하는 것이다.

제 3 절 동시이행의 항변권의 비교법

I. 동시이행의 항변권의 연혁

동시이행의 항변권은 라틴어로 “exceptio non adimpleti contractus”라고 한다.¹²⁾ 이러한 명칭을 통해 보았을 때 로마법에 그 기원이 있을 수도 있다고 생각 할 수도 있지만, 현재의 동시이행의 항변권과는 많은 차이가

12) Corinne Renault-Brahinsky, L'essentiel de la Réforme du Droit des obligations, Gualino, 2016, p.114.

있어 로마법이 그 기원이라고 보기에는 어려움이 있다. 현재 우리 민법의 동시이행의 항변권은 교회법학자와 후기주석학과에 의해서 정립된 제도로, 교회법학자는 계약의 기초를 도덕에 두어 인정하였고 후기주석학과는 소송상의 항변권으로 파악하여 인정하였다.¹³⁾

II. 동시이행의 항변권의 비교법

동시이행의 항변권은 대부분의 법에서 발견된다. 대표적으로 국제조약에서는 UN국제물품매매협약(Contracts for the International Sale of Goods : CISG)에서 발견되며, 유럽연합의 차원에서는 유럽민사법의 공통기준안(Draft Common Frame of Reference : DCFR)을 비롯하여 보통유럽매매법(Common European Sales Law), 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law : PECL)에서 발견된다.

또한, 다수의 국가에서 동시이행의 항변권이라는 표제 하에 우리나라와 비슷한 동시이행의 항변권을 규정하고 있고, 영미법계에 있어서는 동시이행의 항변권과 완전히 같지는 않지만 유사한 제도를 두고 있다.

따라서 이 절에서 국제조약을 비롯하여 여러 국가의 법에서 규정하고 있는 동시이행의 항변권 또는 유사한 규정을 살펴보기로 한다.

1. 국제조약에서 나타나는 동시이행의 항변권

우리나라의 동시이행의 항변권과 비슷한 규정들이 국제연합과 유럽연합의 법에서도 나타나고 있다. 그 중 국제연합의 법으로 UN국제물품매매협

13) 남효순, “동시이행관계의 본질 및 내용 - 동시이행항변권의 발생시기, 지체자와 동시이행항변권, 동시이행관계의 본질 및 내용”, 후암곽윤직선생고회기념논문집, 1995, 326-327면.

약(Contracts for the International Sale of Goods : CISG)과, 유럽연합의 법으로는 유럽민사법의 공통기준안(Draft Common Frame of Reference : DCFR)과 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law : PECL)에서 나타나는 동시이행의 항변권을 살펴보고자 한다.

1) UN국제물품매매협약(Contracts for the International Sale of Goods)

UN국제물품매매협약에서는 동시이행의 항변권을 표제로 두고 있는 직접적인 조문을 두고 있지 않다. 그러나 표제로 직접적인 규정이 존재하지 않을 뿐이지 우리 민법의 동시이행의 항변권과 비슷한 권리를 명문상 인정하고 있다.

협약 제58조 제1항은 “매수인이 다른 특정한 시기에 대금을 지급할 의무가 없는 경우에는, 매수인은 매도인이 계약과 이 협약에 따라 물품 또는 그 처분을 지배하는 서류를 매수인의 처분 하에 두는 때에 대금을 지급하여야 한다. 매도인은 그 지급을 물품 또는 서류의 교부를 위한 조건으로 할 수 있다”¹⁴⁾라고 규정하고 있다. 즉, 협약에서 명문으로 “이행의 제공”이라는 개념을 사용하고 있지 않지만 협약 제58조 제1항의 “그 처분을 지배하는 서류를 매수인의 처분 하에 두는 때에”의 내용은 우리 민법의 “이행의 제공”과 같은 의미로 파악할 수 있어 보인다. 따라서 UN국제물품매매협약에서 당사자 간의 특별한 약정이 없는 경우에는 양 당사자의 채무는 동시에 이행되어야 할 것으로 정하고 있다고 볼 수 있다. 달리 말해, 협약 제58조 제1항은 매도인이 그 처분을 지배하는 서류를 매수인에게 이행할 것과 매수인의 매도인에 대한 대금지급의무는 동시이행의 관계에 있다고 규정하고 있다.

14) Article 58.

(1) If the buyer is not bound to pay the price at any other specific time he must pay it when the seller places either the goods or documents controlling their disposition at the buyer's disposal in accordance with the contract and this Convention. The seller may make such payment a condition for handing over the goods or documents.

UN국제물품매매협약은 우리 민법과 같은 동시이행의 항변권을 명문상 규정하고 있지 않지만, 위와 같은 조문들을 통해 동시이행의 항변권을 가지는 채수인은 채도인이 채무를 이행하거나 이행할 때까지 자기의 채무의 이행을 거절 할 수 있고 또한 이행지체가 성립되지 않는다고 본다.¹⁵⁾

2) 유럽민사법의 공통기준안(Draft Common Frame of Reference)

유럽민사법의 공통기준안에서의 동시이행의 항변권과 유사한 조문은, 제3권 채무 및 이에 대응하는 채권, 제3장 불이행에 대한 구제, 제4절 이행의 보류, 제401조 쌍무적 채무의 이행을 보류할 수 있는 권리(Right to withhold performance of reciprocal obligation)의 표제 하에 발견된다.¹⁶⁾

먼저 쌍무계약과 관련한 규정을, 유럽민사법의 공통기준안 “Ⅲ.-1:102 정의”와 “Ⅲ.-2:104 이행의 순서”라는 표제 하에서 두고 있다. Ⅲ.-1:102 제4항에서는 다음의 경우는 다른 채무와의 관계에서 쌍무적이라고 하면서 3개의 호로 정하고 있다. (a) 채무의 이행이 다른 채무의 이행과 교환하여 이루어질 것인 경우, (b) 채무가 다른 채무의 이행을 용이하게 하거나 이를 수령하는 것인 경우, (c) 채무가 다른 채무 또는 그 대상과 명백히 관련되어 있어서 하나의 이행이 다른 하나의 이행을 조건으로 하는 것으로 합리적으로 간주 될 수 있는 경우,¹⁷⁾ 이렇게 3가지의 경우에는 쌍무적인 것으로 보고 있다. 또한 “Ⅲ.-2:104”에 따르면, 쌍무적 채무들의 이행순서가 채무들의 내용으로 달리 정해질 수 없는 경우에는 당사자들은 그 채무들이 동시에 이행될 수 있는 한 다른 사정이 없으면 동시에 이행하여야 한

15) 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010, 225면.

16) 보통 “Ⅲ.-3:401 쌍무적 채무의 이행을 보류할 수 있는 권리”라고 표현한다. 이하 유럽민사법의 공통기준안의 조문들은, 권은 로마자로, 장은 - 숫자로 보통의 표현과 같이 표현한다.

17) (a) performance of the obligation is due in exchange for performance of the other obligation;

(b) it is an obligation to facilitate or accept performance of the other obligation; or

(c) it is so clearly connected to the other obligation or its subject matter that performance of the one can reasonably be regarded as dependent on performance of the other.

다고 정하고 있다.¹⁸⁾

따라서 이를 종합하여 해석하여 보면, 유럽민사법의 공통기준안은 양 당사자들의 쌍무계약이 있고 그 채무들이 동시에 이행될 수 있는 한 특별한 사정이 없으면 동시이행하여야 한다고 규정하고 있다.

이러한 기초 하에 유럽민사법의 공통기준안은 “Ⅲ.-3:401 쌍무적 채무의 이행을 보류할 수 있는 권리”¹⁹⁾에서 우리 민법의 동시이행의 항변권과 비슷한 권리를 규정하고 있다.

제1항에서 “채무자가 이행하는 것과 동시에 또는 그 후에 쌍무적 채무를 이행하여야 하는 채권자는 채무자가 이행의 제공을 하거나 이행하는 때까지 쌍무적 채무의 이행을 보류할 수 있는 권리가 있다”라고 하여 이행거절권을 인정하고 있으며, 제2항에서 “채무자가 이행하기 전에 쌍무적 채무를 이행하여야 하고 채무자가 이행기에 이행하지 않을 것이라고 합리적으로 믿은 채권자는 제3장 불이행에 대한 구제수단 Ⅲ.-3:401의 합리적 믿음이 계속되는 동안 그 쌍무적 채무의 이행을 보류할 수 있다”라고 하여 불안의 항변권(유보권)을 규정하고 있다.²⁰⁾

이는 우리 민법이 동시이행의 항변권의 이행거절권을 인정함과 같이 쌍무계약에서 이행거절권을 인정하고 있다는 점에서 비슷하고, 바로 이어진 항에서 불안의 항변권(유보권)을 규정하고 있는 점 또한 비슷하다 할 것

18) **Ⅲ.-2:104: Order of performance.**

If the order of performance of reciprocal obligation cannot be otherwise determined from the terms regulating the obligation then, to the extent that the obligations can be performed simultaneously, the parties are bound to perform simultaneously unless the circumstances indicate otherwise.

19) **Ⅲ.-3:401: Right to withhold performance of reciprocal obligation.**

(1) A creditor who is to perform a reciprocal obligation at the same time as, or after, the debtor performs has a right to withhold performance of the reciprocal obligation until the debtor has tendered performance or has performed.

(2) A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor's performance becomes due may withhold performance Ⅲ.-3:401 reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance.

20) 법무부·Christian von Bar외 10인(안태용 역), 유럽민사법의 공통기준안(총칙·계약편), 법무부, 2012의 번역을 참조하였다.

이다. 그러나 우리 민법은 항변권으로서 그 권리를 인정하고 있음에 반해, 유럽민사법의 공통기준안에서 인정하는 권리는 이행을 유보할 수 있는 권리로 인정하고 있다. 이러한 유보권을 쌍무적 채권채무관계에서 자신의 이행을 거부할 수 있는 항변권으로 보는 의견도 있지만,²¹⁾ 유보권과 항변권은 차이가 있으므로 구분하여야 할 것이다. 이러한 차이점에 대해서는 이하의 3) 유럽계약법원칙의 부분에서 같이 살펴기로 한다.

3) 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law)

유럽계약법원칙에서는 제9장 불이행에 대한 개별적 구제수단, 제2절 이행의 유보, 제201조 이행을 유보할 권리(Right to withhold performance)라는 표제 하에 동시이행의 항변권과 유사한 권리를 규정하고 있다.²²⁾

제9:201조 제1항은 “상대방과 동시에 또는 그 후에 의무를 이행해야 하는 당사자는 상대방이 이행을 제공하거나 이행할 때까지 이행을 유보할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 그 상황에서 합리적인 범위에서 이행의 전부 또는 일부를 유보할 수 있다”라고 하여 이행거절권을 정하고 있으며, 또한 동조 제2항에서 “당사자는 상대방의 이행기가 도래한 때 상대방이 불이행할 것임이 명백한 동안에는 이와 마찬가지로 이행을 유보할 수 있다”²³⁾라고 하여 불안의 항변권(유보권)을 정하고 있다.

이 규정은 쌍무계약에서 계약의 상대방이 선이행할 의무를 아직 이행하지 않고 있거나 또는 동시이행의무의 이행이 불가능할 때 또는 상대방이 자신의 채무를 이행할 의사가 없는 경우에 계약 당사자에게 자신의 채무

21) 법무부·Christian von Bar외 10인(안태용 역), 전게서, 103면.

22) **Article 9:201: Right to Withhold Performance.**

(1) A party which is to perform simultaneously with or after the other party may withhold performance until the other has tendered performance or has performed. The first party may withhold the whole of its performance or a part of it as may be reasonable in the circumstances.

(2) A party may similarly withhold performance for as long as it is clear that there will be a non-performance by the other party when the other party's performance becomes due.

23) 올란도·휴빌/김재형 역, 유럽계약법원칙 I·II, 박영사, 2013의 번역을 참조하였다.

이행을 유보할 권리나 채무이행을 거절할 권능을 부여하는 것이 공평의 법리에 타당하고 거래상 편리하다는 이유로, 우리 민법의 동시이행의 항변권과 비슷한 이행을 유보할 권리를 인정한다.²⁴⁾ 또한 명문으로 규정하고 있지 않지만, 우리 민법의 경우와 같이 당사자들의 의무와 이행이 동일한 계약상의 의무일 것을 전제로 하고 있다.²⁵⁾ 이는 우리 민법이 공평의 관점에서 동시이행의 항변권을 인정하는 점과 그 효력으로 이행거절권능을 인정하고 있다는 점에서, 유럽계약법원칙의 “이행을 유보할 권리”는 우리 민법의 동시이행의 항변권과 유사하다고 할 것이다.

하지만 우리 민법에서는 동시이행의 항변권을 항변권(Right to defense)으로 인정하고 있음에 반해 유럽계약법원칙은 유보권(Right to withhold performance)로 인정하고 있다. 우리 민법에서는 유보권의 개념을 사용하지 않지만, 우리 민법의 항변권과 다음과 같은 차이를 갖는다. 우리 민법의 동시이행의 항변권은 항변권의 성격으로 상대방의 청구권의 존재를 전제로 하여 상대방의 이행청구권에 대하여 그 작용을 저지(defense)하는 것에 초점을 두어 정하고 있는 반면, 유럽계약법원칙에서는 상대방의 이행청구권 행사와 관련없이 상대방이 채무 이행할 때까지 자신의 채무 이행을 유보(withhold performance)할 수 있는 것을 정하고 있다. 따라서 유럽계약법원칙의 이행을 유보할 권리는 상대방의 이행청구권의 행사를 그 요건으로 하지 아니하고, 제7:104조 이행의 순서²⁶⁾에 따라 동시 또는 그 후에 의무를 이행하는 당사자에게 상대방이 이행을 제공 하거나 이행할 때까지 단지 자기의 이행을 유보할 권리를 부여하는 것이라는 점에서 우리 민법의 항변권과 차이가 있다고 할 것이다.

24) Ole Lande·Hugh Beale, Principles of European Contract Law·Part I and II, Kluwer Law International, 2000, p.404. 한국어 번역본으로는, 올란드·휴빌/김재형 역, 유럽계약법원칙 I·II, 박영사, 2013, 612면.

25) Ole Lande·Hugh Beale, op. cit., p.405. 한국어 번역본으로는, 올란드·휴빌/김재형 역, 전게서, 613면.

26) **Article 7:104: Order of performance.**

To the extent that the performances of the parties can be rendered simultaneously, the parties are bound to render them simultaneously unless the circumstances indicate otherwise.

그러나 우리 민법에서 정하고 있는 동시이행의 항변권은 항변권으로 정하고 있음에도 불구하고 이행기가 도래하였을 경우 상대방의 이행청구와 관계없이 당사자는 동시이행의 항변권의 효과로 이행지체책임을 면하게 된다고 다수설과 판례가 파악하고 있다. 이러한 동시이행의 항변권의 효과는 상대방의 청구권 행사가 없음에도 이와 관계없이 발생하기 때문에 항변권(Right to defense)의 효과라고 보기에는 의문이 생길 수밖에 없고, 오히려 국제조약의 유보권(Right to withhold performance)의 부수적 효과로 보는 것이 더 타당해 보이는 면도 있다. 이와 같은 점을 볼 때, 동시이행의 항변권은 일반적인 민법에서의 항변권과 다르게 파악하여야 할 필요성이 있어 보인다.²⁷⁾ 결과적으로 위와 같이 우리 민법의 동시이행의 항변권의 효과를 파악한다면, 유럽 연합에서 나타나는 자기의 이행을 유보하는 권리는 우리 민법의 동시이행의 항변권과 크게 차이점이 없어 보인다.

2. 대륙법계에서 나타나는 동시이행의 항변권

동시이행의 항변권은 많은 대륙법계 국가의 법에서도 발견된다. 수많은 대륙법계 국가의 법 중, 독일과 스위스, 일본의 민법에서 나타나는 동시이행의 항변권을 살펴보고자 한다. 다만 프랑스 민법 또한 대륙법계의 비교법에서 같이 다루어야 할 것이나, 프랑스 민법의 채권법 부분이 2016년 2월에 개정되었음에 따라 따로 구분하여 살피기로 한다.

1) 독일 민법의 동시이행의 항변권

독일 민법은 제2편 채권관계의 법, 제3장 계약상의 채권관계, 제2절 쌍

27) 이에 대해서는 “제3장 동시이행의 항변권의 성립요건과 지체자”의 “제1절 동시이행의 항변권의 범위와 법적 성질”에서 자세히 살핀다.

무계약, 제320조 동시이행의 항변권의 표제 하에 동시이행의 항변권을 규정하고 있다.

제320조 제1항에서는 “쌍무계약에 기하여 의무를 지는 사람은 반대급부가 실행되기까지 그에 의무 있는 급부를 거절할 수 있다. 다만 그가 선이행할 의무를 지는 경우에는 그러하지 아니하다”²⁸⁾라고 정하므로, 이행거절권을 규정하고 있다. 또한 제321조 제1항은 “쌍무계약에 기하여 선이행의무를 부담하는 사람은, 자신의 반대급부청구권이 상대방의 급부능력 흠결로 인하여 위태로움을 계약체결 후에 알 수 있게 되는 때에는, 그에 의무 있는 급부를 거절할 수 있다”²⁹⁾라고 정하여, 불안의 항변권을 규정하고 있다.³⁰⁾

독일 민법에서의 동시이행의 항변권은 쌍무계약에서 상대방이 자기의 채무를 이행하지 않고 당사자에게 이행을 청구할 경우에 당사자가 이에 대해 대항할 수 있는 권리로 이는 채무자의 실체법상의 권리로 보며, 이러한 독일 민법의 법리가 우리 민법에 영향을 주었다.³¹⁾ 반면 독일 민법 제273조 제1항은 유치권을 규정하고 있는데, 이러한 유치권은 상대방이 다른 담보를 제공함으로써 소멸시킬 수 있고 또한 이를 미리 주장해야지만 이행지체의 책임을 면할 수 있어서, 이러한 독일 민법상 유치권의 효력은 동시이행의 항변권의 효력보다 약하다. 또한 독일 민법 제1000조 이하에서 점유자의 유치권을 규정하고 있는데, 이러한 점유자의 유치권은

28) § 320 Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung.

29) § 321 Unsicherheitseinrede.

(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.

30) 양창수, 독일민법전, 박영사, 2008의 번역을 참조하였다.

31) 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의, 신조사, 제14판, 2015, 1230면.

동시이행의 항변권과 함께 제273조의 유치권의 일종으로 본다.³²⁾

이를 종합하여 볼 때, 독일 민법에서의 동시이행의 항변권은 독일 민법 제273조 유치권의 특칙으로서의 성격을 가지고 있는 것으로 파악된다.³³⁾

2) 스위스 채무법의 동시이행의 항변권

스위스 채무법은 제4장 쌍무계약, 제1절 이행의 순서, 제82조에서 동시이행의 항변권을 규정하고 있다.

스위스 채무법 제82조³⁴⁾는 “계약의 본질이나 약정에 의해 기한의 이익이 없는 경우, 쌍무계약의 이행을 청구하려는 당사자는 자신의 적합한 채무의 제공이나 의무를 이행하여야 한다.”³⁵⁾라고 정하고 있다. 즉 스위스 민법에서 당사자가 쌍무계약을 이행하기 위해서는, 먼저 자기의 채무를 이행할 것을 요구 하고 있다.

또한 제83조³⁶⁾는 쌍무계약의 당사자 일방이 무자력일 경우에 당사자는 상대방이 담보를 제공할 때까지 이행을 거절 할 수 있음을 정하고 있고 담보를 제공하지 않는 경우에는 계약을 해제할 수 있음을 정하고 있다. 이는 스위스 민법이 불안의 항변권과 계약해제권의 전단계로서 이행거절권을 규정하고 있는 것이다.³⁷⁾

32) 민법주해, 채권(6), 19면.

33) 민법주해, 채권(6), 19면.

34) **Article 82.**

Celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit avoir exécuté ou offrir d'exécuter sa propre obligation, à moins qu'il ne soit au bénéfice d'un terme d'après les clauses ou la nature du contrat.

35) 영어 번역과 프랑스 원문의 해석 상 차이가 있어, 필자가 프랑스 원문에 따라 번역하였다.

36) **Article 83.**

1. Si, dans un contrat bilatéral, les droits de l'une des parties sont mis en péril parce que l'autre est devenue insolvable, et notamment en cas de faillite ou de saisie infructueuse, la partie ainsi menacée peut se refuser à exécuter jusqu'à ce que l'exécution de l'obligation contractée à son profit ait été garantie.

2. Elle peut se départir du contrat si cette garantie ne lui est pas fournie à sa requête, dans un délai convenable.

37) 남효순, “동시이행관계의 본질 및 내용”, 327면.

3) 일본 민법의 동시이행의 항변권

일본 민법은 제3편 채권, 제2장 계약, 제1절 총칙, 제2관 계약의 효력, 제533조 동시이행의 항변이라는 표제 하에 동시이행의 항변권을 규정하고 있다.

제533조³⁸⁾는 “쌍무계약의 당사자 일방은 상대방이 그 채무의 이행을 제공할 때까지 자기 채무의 이행을 거절할 수 있다. 다만, 상대방의 채무가 변제기에 있지 아니한 때에는 그러하지 아니하다”³⁹⁾라고 정하므로 이행거절권을 인정하고 있고, 이러한 점은 우리 민법의 조문과 같다.

그러나 우리 민법의 동시이행의 항변권과 다르게 불안의 항변권에 관한 조문은 현행 일본 민법에 두고 있지 않다. 일본에서는 불안의 항변권에 대해, 동시이행의 항변권에 의해 당사자 자신의 상대방에 대한 반대채권의 이행을 확보 할 수 있기 때문에 불안의 항변권을 인정할 필요가 없다는 의견과 채무자가 선이행 의무가 있는 경우에만 불안의 항변권을 인정해야 한다는 의견이 충돌하고 있다.⁴⁰⁾ 이러한 의견의 충돌에도 불구하고 2009년 일본 민법 개정검토위원회가 만든 개정안에는 불안의 항변권이 추가되어 있으나,⁴¹⁾ 2017년 개정 일본 민법에는 여전히 불안의 항변권이 조문으로 신설되지 않은 것으로 보인다.

3. 영미법계에서 나타나는 동시이행의 항변권

38) 第五百三十三條（同時履行の抗弁）.

双務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことができる。ただし、相手方の債務が弁済期にないときは、この限りでない。

39) 권철, 일본민법전, 법무부, 2011의 번역을 참조하였다.

40) 일본·민법(채권법)개정검토위원회, 전거서, 229-230면.

41) 일본·민법(채권법)개정검토위원회, 일본 채권법개정의 기본방침, 법무부, 2009, 229-230면.

영국과 미국의 계약법에서는 동시이행의 항변권이라는 규정이 직접적으로 나타나지 않는다. 그러나 영미법에서는 동시조건(Concurrent condition)이라고 하여, 동시이행의 항변권과 유사한 내용을 각 국의 계약법에서 정하고 있다.⁴²⁾

1) 영국 계약법의 동시조건

영국 계약법에서는 동시이행의 항변권과 유사한 개념인 동시조건의 개념을 찾아 볼 수 있다. 이와 관련하여 영국 상품매매법(Sales of Goods Act) 제28조의 동시조건에 따르면, 물건의 인도와 대금의 지급은 동시에 이루어져야 함을 규정하고 있다.

상품매매법 제28조는 인도와 지급의 동시조건(Payment and delivery are concurrent conditions)라는 표제 하에 “별도의 합의된 사항이 없다면, 상품의 배송과 값의 지불은 동시조건으로 한다. 즉 판매자는 구매자로부터 값과 교환 할 때 물건을 준비하고 그 소유를 넘겨주어야 하며, 구매자는 판매자로부터 상품을 받을 때 값을 준비하고 지불하여야 한다”⁴³⁾라고 정하고 있다. 이러한 동시조건에 의해 물건과 대금의 교환이 있기 전에 일방당사자가 이행을 거절한 경우, 상대방은 계약을 해제할 수 있으며 계약상 동시조건의 의무에서 해방된다.⁴⁴⁾

영국의 상품매매법에서 동시조건으로 인한 효과로 이행거절권을 직접적으로 규정하진 않지만, 상대방이 동시조건을 이행하기 전에는 당사자 또한 이행을 할 필요가 없다고 본다.⁴⁵⁾

42) 황적인, 현대민법론(4), 박영사, 1980, 105-107면.

43) **Article 28: Payment and delivery are concurrent conditions.**

Unless otherwise agreed, delivery of the goods and payment of the price are concurrent conditions, that is to say, the seller must be ready and willing to give possession of the goods to the buyer in exchange for the price and the buyer must be ready and willing to pay the price in exchange for possession of the goods.

44) 이호정, 영국계약법, 경문사, 2003, 444면.

45) 이호정, 전게서, 444면.

2) 미국법에서의 동시조건

미국법에서도 영국 계약법과 같이 동시이행의 항변권과 비슷한 개념인 동시조건의 개념을 찾아 볼 수 있다. 미국계약법은 양 당사자의 의무가 동시에 이행되어야 하는 경우 각 당사자의 의무는 상대방의 의무와 동시조건에 있다고 본다. 따라서 일방당사자가 자신의 채무를 이행하지 않으면 상대방 또한 채무를 이행하지 않더라도 그 채무이행의 의무에서 면책된다고 본다. 보통 교환거래의 경우 당사자 간의 별도의 약정이 없으면 동시조건에 따른다고 보며, 이와 같이 약정이 없이 법에 의해 인정되는 동시조건을 “의제적 동시조건 (constructive concurrent condition)”이라 한다.⁴⁶⁾

미국 계약법 리스테이트먼트 제234조⁴⁷⁾에서 이행의 순서라는 표제 하에 “대가관계에 있는 계약에서 채무의 전부 또는 일부가 동시에 이행될 수 있을 경우에, 반대의 약정이나 사정이 없는 한, 쌍방 당사자의 채무는 동시에 이행되어야 한다”라고 정하여, 동시이행의 항변권과 유사한 조문을 두고 있다. 이러한 미국 계약법 리스테이트먼트 제234조가 미국 통일상사법(Uniform Commercial Code) 제2-507조와 제2-511조에 영향을 주어 통일상사법에서도 동시조건에 대한 조문을 찾아볼 수 있다.⁴⁸⁾

통일상사법 제2-507조는 판매자의 제공의 효과(Effect of seller's tender; Delivery on Condition)라는 표제 하에 “배송의 제공은, 별도의 합의된 사항이 없다면, 구매자의 상품을 수령할 의무와 상품에 대해 지불한 의무를 조건으로 한다. 제공은 계약에 따라 지불과 상품의 수령의 권한을 판매자에게 부여한다”⁴⁹⁾라고 정하고 있다. 그 외에 통일동산매매법

46) 엄동섭, 미국계약법II, 법영사, 2012, 163면.

47) **Article 234: Order of Performances.**

(1) Where all or part of the performances to be exchanged under an exchange of promises can be rendered simultaneously, they are to that extend due simultaneously, unless the language or the circumstances indicate the contrary.

48) 김영희, “미국 계약법상 동시이행 원칙”, 재산법연구 32권, 한국재산법학회, 2015, 2면.

49) **Article 2-507: Effect of Seller's Tender; Delivery on Condition.**

(1) Tender of delivery is a condition to the buyer's duty to accept the goods and,

(Uniform Sales act) 제42조에서도 동시조건을 규정하고 있다.⁵⁰⁾

과거에는 미국의 통일상사법은 미국계약법 리스테이트먼트에 대해 특별법으로서 그 역할을 하였으나, 현대로 가면서 서로에게 쌍방으로 영향을 미치는 것으로 파악하며 더 이상 일반법과 특별법의 관계로 보지 않는다.⁵¹⁾

미국법상 불안의 항변권은 통일상사법 제2-609조의 규정과 리스테이트먼트 제237조의 해석으로 그 의미를 찾을 수 있다. 단지 우리 민법 제536조 제2항에서 명문으로 규정하는 것과는 달리 리스테이트먼트에는 직접적인 명문 규정이 없이 해석으로 인정되는 것이므로, 불안의 항변권의 인정에 관해 그 설득력이 약하다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 리스테이트먼트에는 명문규정이 존재하지 않지만 통일상사법 제2-609조⁵²⁾에서 불안의 항변권을 명문으로 인정하고 있고 오늘날에는 두 법이 동등한 지위로 파악되기 때문에, 결과적으로 미국에서 불안의 항변권은 인정된다고 보아야 한다.⁵³⁾

4. 아시아법계에서 나타나는 동시이행의 항변권

1) 중국 합동법⁵⁴⁾의 동시이행의 항변권

unless otherwise agreed, to his duty to pay for them. Tender entitles the seller to acceptance of the goods and to payment according to the contract.

50) 황적인, 전게서, 105-107면.

51) 김선국, “미국계약법연구서설”, 재산법연구 제23권 제3호, 한국재산법학회, 2007, 3면.

52) **Article 2-609: Right to Adequate Assurance of Performance.**

(1) A contract for sale imposes an obligation on each party that the other's expectation of receiving due performance will not be impaired. When reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of either party the other may in writing demand adequate assurance of due performance and until he receives such assurance may if commercially reasonable suspend any performance for which he has not already received the agreed return.

53) 김영희, 전게논문, 9면.

54) 원문은 中華人民共和國合同法이며, 중국 계약법이라 부르기도 한다.

과거 중국의 법에서는 동시이행의 항변권을 인정하지 않았다. 과거 중국에서는 계약당사자 쌍방의 의무를 강조하여 계약 당사자 쌍방이 모두 채무를 이행하지 않았을 경우 쌍방위약으로 보아 당사자 쌍방 모두에게 계약책임을 부담하게 하였다.⁵⁵⁾ 그러나 1999년 중국 합동법이 제정되면서 중국에서도 동시이행의 항변권이 신설 규정되게 되었다. 이에 제4장 계약의 이행에서 제66조로 규정하고 있다.

중국 합동법 제66조⁵⁶⁾에서는 “당사자 간에 상호 채무를 부담하고 있고, 이행시기에 있어서 선후순서가 없는 경우, 쌍방은 채무를 동시에 이행하여야 한다. 당사자 일방은 상대방이 채무를 이행할 때까지 자신의 채무이행을 거절할 수 있다”⁵⁷⁾라고 정하므로, 쌍무계약에서 동시이행의 항변권에 기한 이행거절권을 정하고 있다. 또한 제68조⁵⁸⁾에서 “먼저 채무를 이행하여야 하는 당사자는 상대방에게 다음과 같은 사유가 존재함을 입증할 수 있는 확실한 증거가 있으면, 자신의 채무이행을 중단할 수 있다”라고 정하고 있고, 동조의 각 호로 그 사유를 정하고 있다. 각 호의 내용은 우리 민법의 불안의 항변권과 비슷한 규정으로 상대방의 이행이 곤란할 사유를 세분화 하여 규정하고 있다. 경영상황이 심각히 악화된 경우, 재산을 이전하고 자금을 불법 인출하여 채무를 도피한 경우, 상업적 신용을 상실한 경우, 채무를 이행할 능력을 상실하였거나 상실할 가능성이 있는 기타의 정황이, 중국 합동법에서 각 호로 정하고 있는 이행이 곤란한 사유이다.

55) 채성국, 중국의 계약책임법, 경인문화사, 2008, 64면.

56) **第六十六條.**

当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。

57) 채성국, 중국의 계약책임법, 경인문화사, 2008의 번역을 참조하였다.

58) **第六十八條.**

应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：

- (一) 经营状况 严重恶化；
- (二) 转移财产、抽逃资金，以逃避债务；
- (三) 丧失商业信誉；
- (四) 有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

2) 대만 민법의 동시이행의 항변권

대만 민법에서는 제2편 채권, 제1장 통칙, 제3절 채권의 효력, 제4관 계약에서 제264조의 규정으로 동시이행의 항변권을 규정하고 있다.

대만 민법 제264조 제1항⁵⁹⁾은 “계약으로 인하여 서로 채무를 부담하는 경우에 상대방이 반대급부를 하기 전에는 자기의 급부를 거절할 수 있다”⁶⁰⁾라고 정하므로, 동시이행의 항변권에 기한 이행거절권을 규정하고 있다. 또한 동법 제265조⁶¹⁾에서 “당사자의 일방이 상대방에 대하여 먼저 급부를 하여야 하는 경우에 상대방의 재산이 계약 체결 후에 현저하게 감소하여 반대급부를 하기에 어려울 염려가 있는 때에 상대방이 반대급부를 하지 아니하거나 담보를 제출하기 전에는 자기의 급부를 거절 할 수 있다”라고 정하므로, 불안의 항변권을 규정하고 있다.

5. 개정 프랑스 채권법의 동시이행의 항변권

1) 프랑스 채권법의 개정

1804년 나폴레옹 민법전(Le code civil de 1804)이 제정되고 약 200년이 지나, 2016년 2월 드디어 프랑스 채권법이 개정되었다. “나의 진정한 영광은 40차례의 전투에서 승리한 사실에 있지 않다. 워털루전쟁의 패배는 그

59) 第二百六十四條（同時履行抗辯）.

因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付。但自己有先為給付之義務者，不在此限。

60) 김성수 역, 대만민법전, 법무부, 2012의 번역을 참조하였다.

61) 第二百六十五條（不安抗辯權）.

當事人之一方，應向他方先為給付者，如他方之財產，於訂約後顯形減少，有難為對待給付之虞時，如他方未為對待給付或提出擔保前，得拒絕自己之給付。

많은 승리의 추억을 앗아가 버리고 말 것이다. 그러나 그 어느 것도 앗아갈 수 없고 그리하여 영원히 살아남을 것은 바로 나의 민법전이다”⁶²⁾라고 나폴레옹이 말한 것처럼, 1804년 나폴레옹 민법전은 약 200년 동안 프랑스 사회를 규율한 영향력이 있고 훌륭한 법이었다. 그러나 1804년 나폴레옹 민법전은 그 당시 농경사회와 산업혁명 이전의 프랑스 사회를 고려하여 만든 법이었기 때문에,⁶³⁾ 그 훌륭한 법도 약 200년이 지난 지금의 현대사회를 반영하는데 한계가 생기게 되었고 그 결과 사회와 법의 괴리가 생길 수밖에 없었다. 이러한 이유로 프랑스에서 민법전의 개정의 필요성이 계속해서 대두됨에 따라, 마침내 2016년 2월 프랑스 채권법(Le droit des obligations)이 개정되었고, 이 개정 채권법은 2016년 10월 1일자로 시행되었다. 이렇듯 프랑스의 채권법이 약 200년 만에 개정되었기 때문에, 개정 프랑스 민법은 기존의 채권법과 비교하여 볼 때 그동안 판례 등으로만 존재하였던 개념들이 민법 조문으로 규정되는 등 큰 변화가 있다.

프랑스 민법에서 동시이행의 항변권(L'exception d'inexécution) 역시 1804년 나폴레옹 민법전에서는 명문상 규정으로 두지 않았고 판례로만 인정되어 오던 법리였다. 그러나 나폴레옹 민법전에서는 매매⁶⁴⁾와 교환⁶⁵⁾, 공탁⁶⁶⁾의 각 계약 규정에서 동시이행의 항변권과 비슷한 조문을 각각 둠으로 동시이행의 항변권과 비슷한 법리를 꾸준히 인정하여 왔다.⁶⁷⁾

이러한 배경을 바탕으로, 2016년 프랑스 민법의 채권법 부분을 개정함

62) Brigitte Basdevant-Gaudemet · Jean Gaudemet, Introduction historique au droit, L.G.D.J, 3^eédition, 2010, p.387.

“Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné 40 batailles : Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil”.

남효순, “나폴레옹과 프랑스민법전”, 법사학연구 제15호, 1994, 174면의 번역을 따랐다.

63) 필립뒤피쇼, “채권법개정 일반에 대한 개관”, 민사법학 제74호, 2016, 3, 281면; 원문은 Philippe DUPICHOIT, “Introduction générale à la réforme des obligations”, Réforme de droit des obligations(2015앙리까뻐땅회의), 서울대학교 법학연구소, 75면.

64) 구민법 제1612조, 제1653조.

65) 구민법 제1704조.

66) 구민법 제1948조.

67) Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, Editions Francis Lefebvre, 2016, n°702, p.202; Gael chantepie · Mathias latina, La réforme du droit des obligations, 1^{re}édition, Dalloz, 2016, n°628, p.542.

에 따라 동시이행의 항변권은 드디어 프랑스 민법전에 명문상 신설 규정되었다.

2) 동시이행의 항변권 조문의 위치

2016년 개정 프랑스 민법상의 동시이행의 항변권은, 제4장 계약의 효과(Chapitre IV : Les effets du contrat), 제5절 계약의 불이행(Section V : L'inexécution du contrat), 제1부절 동시이행의 항변권(Sous-section 1 : L'exception d'inexécution)의 항목에서 규정하고 있다. 이러한 표제 하에, 개정 프랑스 민법 제1219조는 동시이행의 항변권에 대해 규정하고 있으며, 제1220조는 불안의 항변권을 규정하고 있다.

먼저 개정 프랑스 채권법은 이전의 프랑스 민법과는 다르게 계약의 불이행(L'inexécution du contrat)이라는 절을 제5절로 신설하였다. 계약의 불이행이라는 절(Section) 하위에는, 채무가 이행되지 않았을 경우 또는 불완전하게 이행되었을 경우 채권자가 할 수 있는 행위를 규정하고 있는데, 이러한 행위들에 대해 각각의 부속절(Sous-section)로 정하고 있다. 이러한 점은 계약의 불이행의 총칙 규정인 프랑스 민법 제1217조에서 먼저 찾아 볼 수 있다.

프랑스 민법 제1217조의 내용을 살펴보면, 제1항에서 채무가 이행되지 않았거나 또는 불완전하게 이행된 당사자는 다음의 행위를 할 수 있다고 하고 있으며, 그 내용으로 채무의 이행을 거절하거나 자신의 채무의 이행을 정지하는 것, 채무의 현실이행을 속행하는 것, 대금감액청구권, 계약해제권, 손해배상청구권을 정하고 있다. 또한 제2항에서는 이러한 행위들이 경합될 수 있고, 손해배상은 언제나 추가될 수 있다고 정하고 있다.

프랑스 민법 제1217조⁶⁸⁾

68) Article 1217.

La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

① 그에 대하여 채무가 이행되지 않았거나 또는 불완전하게 이행된 당사자는 다음의 행위를 할 수 있다.

- 채무의 이행을 거절하거나 또는 자신의 채무의 이행을 정지한다.
- 채무의 현실이행을 속행한다.
- 대금의 감액을 요청한다.
- 계약을 해제한다.
- 불이행 결과의 배상을 요구한다.

② 양립할 수 있는 제재는 경합될 수 있다. 손해배상은 언제나 이에 추가될 수 있다.

조문에서 볼 수 있듯, 개정 프랑스 민법은 계약의 불이행의 효과로 여러 가지를 규정하고 있으나, 그 첫 번째 부속절로 규정하고 있는 것이 바로 동시이행의 항변권이다.

3) 동시이행의 항변권의 내용

계약의 불이행의 효과 중 첫 번째 부속절에서 “L’exception d’inexécution”이라는 표제로 동시이행의 항변권을 규정하고 있다. 프랑스 원문을 직역한다면 불이행의 항변이라고 해석을 하여야 할 것이나, 그 내용이 우리 민법상 동시이행의 항변권과 유사하기 때문에 이하에서는 동시이행의 항변권으로 표현하고자 한다. 먼저 개정 프랑스 민법의 조문의 내용을 살펴보면, 다음과 같다.

-
- refuser d’exécuter ou suspendre l’exécution de sa propre obligation ;
 - poursuivre l’exécution forcée en nature de l’obligation ;
 - solliciter une réduction du prix ;
 - provoquer la résolution du contrat ;
 - demander réparation des conséquences de l’inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s’y ajouter.

프랑스 민법 제1219조⁶⁹⁾

당사자 일방은 상대방 당사자가 자신의 채무를 이행하지 않고 그 불이행이 충분히 중대한 것일 경우에는 자신의 채무의 이행기가 도래하였더라도 채무의 이행을 거절할 수 있다.

프랑스 민법 제1220조⁷⁰⁾

당사자 일방은 그의 계약 상대방이 이행기에 채무를 이행하지 않을 것이고 또 그 불이행의 결과가 그에게 충분히 중대한 것이 명백한 이상 자신의 채무의 이행을 정지할 수 있다. 채무이행의 정지는 가장 빠른 기간 내에 통지되어야 한다.

프랑스 민법 제1219조는 상대방이 채무를 이행하지 않고 있다면 자신의 채무가 이행기에 있다고 할지라도 자신의 이행을 거절할 수 있도록 정하고 있고, 이러한 점을 볼 때 우리 민법상 동시이행의 항변권과 유사하다고 할 수 있다. 또한 프랑스 민법 제1220조는 상대방이 이행기에 채무를 하지 않을 것이고 또한 불이행의 결과가 충분히 명백한 때에 자신의 이행을 중지할 수 있음을 규정하고 있으므로, 이러한 점은 우리 민법의 불안의 항변권(*inexécution anticipée*)과 유사하다고 할 수 있다. 이는 우리 민법이 정하고 있는 것과 같이 프랑스 민법에서도 동일하게 이행거절권능(*peut refuser d'exécuter*)을 규정하고 있다는 점에서 유사하나, 프랑스 민법상 동시이행의 항변권이 인정되기 위한 요건에 관하여는 우리 민법과 다른 점이 있다. 이를 아래에서 살펴보기로 한다.

69) **Article 1219.**

Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.

70) **Article 1220.**

Une partie peut suspendre l'exécution de sa prestation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais.

(1) 동시이행의 항변권의 범위

프랑스 민법상 인정되는 동시이행의 항변권은 그 범위를 쌍무계약에 한하고 있지 않다. 이는 우리 민법이 쌍무계약에서 동시이행의 항변권을 원칙적으로 인정하고, 이를 공평의 관념에서 확대하여 인정하는 것과 차이가 있다.

본래 개정 전에는 매매와 교환과 같은 쌍무계약의 특별한 모습으로 동시이행의 항변권을 이해하였으며, Catala(까탈라)초안과 Terré(테레)초안에서도 동시이행의 항변권을 쌍무계약에서의 모습에 한하여 규정하려 하였다. 그러나 프랑스 민법을 개정함에 있어서, 입법자들은 동시이행의 항변권이 쌍무계약에 한하지 않고 그 범위를 확장시키는 것을 선택하여 입법하였다.⁷¹⁾

그 결과, 프랑스 동시이행의 항변권에 관한 조문에서는 쌍무계약이라는 범위를 찾아보기 힘들며, 동시이행의 항변권의 범위를 “이행을 받기 위한 이행의 원칙”(Le principe de l'exécution “trait pout trait”)에 따른 범위로 이해하여야 한다.⁷²⁾ 즉 프랑스 민법의 동시이행의 항변권의 범위는 쌍무관계인 모든 경우에 확장되어 적용된다.

(2) 동시이행의 항변권의 요건

프랑스 민법상 인정되는 동시이행의 항변권은 조문상 보이는 요건, 즉 상대방이 채무를 이행하지 않은 것과 그 불이행이 충분히 심각할 것이 있으며, 조문에는 나타나지 않지만 판례상 인정되어야 하는 요건이 있다.

가) 조문상 인정되는 요건

71) Gael chantepie · Mathias latina, op. cit., p.542.

72) Gael chantepie · Mathias latina, op. cit., p.541.

프랑스 민법 조문상 동시이행의 항변권이 인정되기 위해서는, a) 상대방이 채무를 이행하지 않고(*si l'autre n'exécute pas la sienne*), b) 그 불이행이 충분히 심각한 경우일 것(*si cette inexécution est suffisamment grave*)이라는 두 가지 요건을 모두 갖출 것을 요한다. 이러한 점은 조문상 두 요건이 “또는(*ou*)”이 아닌 “또한(*et*)”으로 연결되어 있음을 볼 때 명확하다고 할 것이다. 따라서 이러한 프랑스 민법에 따르면, 단순히 상대방이 채무를 불이행하였다고 하여 자동적으로 당사자에게 동시이행의 항변권이 인정되는 것이 아니며, 프랑스 민법상 동시이행의 항변권이 인정되기 위해서는 추가로 그 불이행이 충분히 심각하여야 한다는 요건에도 충족되어야 한다.

달리 말하면, 프랑스 민법의 동시이행의 항변권은 상대방이 채무를 불이행 하였다 하더라도 그 상대방의 불이행의 정도에 따라 동시이행의 항변권의 인정 여부가 결정 된다는 것이다. 즉, 당사자에게 동시이행의 항변권이 인정되기 위해서는 상대방이 채무를 불이행하여야 하고 또한 그 불이행이 충분히 심각하여야 하며, 만약 그 불이행이 충분히 심각하지 않는다면 동시이행의 항변권은 인정되지 않는다는 것을 의미한다 할 것이다. 이러한 “충분히 중대한(*suffisamment grave*)”이라는 요건은 불안의 항변권을 규정하고 있는 제1220조에도 동일하게 요구하고 있기 때문에 그 의미는 매우 중요하다.

우리 민법에서는 찾아보기 힘든 “충분히 중대한(*suffisamment grave*)”이라는 요건 때문에, 프랑스 민법에서 과연 어떠한 때 충분히 중대한 것에 해당하는지에 대한 판단을 찾아보는 것은 매우 중요하다. 이러한 요건을 판단함에 있어서, 프랑스 민법은 이를 엄격하게 해석하여서는 안 되며, 채무자가 채무의 일부만을 이행하는 것 또한 “충분히 중대한”이라는 요건에 충족된다고 판단하고 있다.⁷³⁾ 이와 같이 프랑스 민법에서 어느 정도 불이행하여야 하는지 등에 대해 확실한 비율 등으로 규정하고 있

73) Olivier Deshayes·Thomas Genicon·Yves-Marie Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, pp. 480-481.

지 않는 것은, 사법적 통제를 배제하지 않기 위함이다.⁷⁴⁾ 또한 이러한 점을 판단하기 위해서, 프랑스에서는 법관들에게 추후에 합법성과 그 불이행의 비례성을 점검할 수 있는 권한을 부여하고 있다.⁷⁵⁾

나) 판례상 인정되는 요건

프랑스 민법상 동시이행의 항변권은 조문의 요건과 더불어 판례가 전통적으로 인정하는 요건들을 그대로 유지하고 있다. 판례상 인정되고 있는 요건으로는 동시이행의 항변권의 항변권자가 선의일 것과⁷⁶⁾채무의 상호연계성 등이 있다.⁷⁷⁾

(3) 동시이행의 항변권의 효과

프랑스 민법상 동시이행의 항변권의 효과는 자신의 채무의 이행을 거절할 수 있는 것이다. 이는 우리 민법의 동시이행의 항변권에서 인정되는 이행거절권능과 동일하다. 이러한 이행거절권능은 프랑스 민법 제1219조에서 “자신의 채무의 이행을 중지할 수 있다”라는 표현으로 나타나고 있다. 이러한 조문을 해석함에 있어서 프랑스 민법상의 동시이행의 항변권에 따라 채무자가 자신의 채무를 면하는 것은 아니며, 문언 그대로 계약상 채무가 중지될 뿐이다.⁷⁸⁾ 이러한 효과는 민법 개정 전부터 판례로 계속 인정되어 온 것이며,⁷⁹⁾ 동시이행의 항변권의 중지효로 인해 당사자에게 지체저지효와 상계금지효 또한 당연히 인정된다.

(4) 불안의 항변권

74) Olivier Deshayes·Thomas Genicon·Yves-Marie Laithier, op. cit., pp. 480-481.

75) Gael chantepie · Mathias latina, op. cit., p.543; Olivier Deshayes·Thomas Genicon·Yves-Marie Laithier, op. cit., p. 480.

76) Gael chantepie · Mathias latina, op. cit., pp.543-554.

77) Com. 26 nov. 1973 : Bull. civ. V, n°340.

78) Corinne Renault-Brahinsky, op. cit., p.114; Gael chantepie·Mathias latina, op. cit., n°627, p.540; Olivier Deshayes·Thomas Genicon·Yves-Marie Laithier, op. cit., p.483.

79) Cass. Com., 1^{er} déc. 1992, n° 91-10930.

프랑스 민법 제1220조는 불안의 항변권을 규정하고 있다. 그 요건으로
 는 상대방이 이행기에 채무를 이행하지 않을 것이고 또한 그 불이행의 결
 과가 충분히 중대할 것이 명백할 것을 요구하고 있다. 이러한 요건의 예
 로 당사자의 재정상태가 위험하여 파산에 이르러 계약상대방에게 대금의
 지급을 거부할 가능성이 있는 경우 등이 있으며,⁸⁰⁾ 간단히 말하면 채무자
 가 채무이행을 하지 못할 경우를 말한다.⁸¹⁾ 이러한 불안의 항변권의 요건
 또한 과거 판례로부터 인정되어 오던 것이다.⁸²⁾ 제1220조의 불이행이 충
 분이 중대할 것이라는 요건의 의미는 제1219조의 의미와 동일하다. 후문
 에서는 이러한 불안의 항변권으로 당사자가 자신의 채무의 이행을 정지
 하였을 경우 가장 빠른 기간 내에 통지되어야 한다고 규정하고 있다. 후
 문에 따른 통지를 하는 경우에, 당사자는 자신이 불안의 항변권으로 이행
 을 하지 않을 것을 통지하면 되는 것이지, 이행을 하지 않는 것에 대한
 이유를 통지할 필요는 없다고 본다.⁸³⁾

이러한 불안의 항변권의 효과는 자신의 채무의 이행을 정지할 수 있는
 것이다. 그 의미는 앞서 살펴본 민법 제1219조 동시이행의 항변권의 이행
 거절권능과 동일한 의미이다.

4) 소결

우리 민법은 원칙적으로 동시이행의 항변권을 쌍무계약의 범위에서 인
 정하고, 이를 공평의 관념에 의해 확대하여 인정하고 있다. 동시이행의 항
 변권을 쌍무계약의 부분에서 조문으로 규정하고 있는 것은 우리 민법과
 더불어 독일 민법, 스위스 민법, 일본 민법에서도 동일하게 발견되는 모습
 이다. 이에 반해 프랑스 민법에서의 동시이행의 항변권은 쌍무계약에 한

80) Gael chantepie · Mathias latina, op. cit., p.544.

81) Olivier Deshayes·Thomas Genicon·Yves-Marie Laithier, op. cit., p.482.

82) Cass. Com., 1^{er} déc. 1998, n° 96-12026.

83) Olivier Deshayes·Thomas Genicon·Yves-Marie Laithier, op. cit., p. 483.

하지 않고 그 범위를 확장된 모습으로 민법에 규정하고 있다. 프랑스 민법이 이와 같이 범위에 대한 제한을 두지 않고 모든 쌍무관계에 동시이행의 항변권이 인정되도록 규정한 것은, 비교법 중 가장 최근에 개정된 민법으로 동시이행의 항변권의 적용범위가 쌍무계약의 범위를 이미 넘어선 현대 계약의 모습을 반영한 것이라 생각한다.

또한 “충분히 중대한”이라는 요건 또한 흥미로운 부분이라 생각한다. 우리 민법에서도 공평의 관념에 따라 동시이행의 항변권을 부정한 판례가 존재하는 것을 볼 때,⁸⁴⁾ 프랑스 민법의 “충분히 중대한”이라는 요건 또한 공평의 관념에 따라 실제 모습을 더욱 잘 반영할 수 있는 장치라 생각한다. 다만 우리 민법에서는 판례상 공평의 관념에 따라 인정여부가 달라질 수 있는 반면 프랑스 민법은 조문으로 그 요건을 규정하고 있음에 차이가 있다.

결론적으로 우리 민법의 동시이행의 항변권과 그 범위에서 차이가 크게 나지 않을 것이나, 동시이행의 항변권을 규정하면서 쌍무계약으로 그 범위를 제한하지 않았다는 것과 그 요건으로 “충분히 중대한”이라는 것은 상당히 흥미로운 점이다.

84) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다34697 판결.

제 3 장 동시이행의 항변권의 성립요건과 지체자

제 1 절 동시이행의 항변권의 범위와 법적 성질

I. 동시이행의 항변권의 범위

민법 제536조의 동시이행의 항변권은 계약 당사자가 서로 대가성이 있는 채무임에도 불구하고 계약 상대방이 자기의 채무를 이행하지 않고 당사자에게 채무이행을 청구한 경우에 당사자가 공평과 신의칙에 따라 자기의 채무이행을 거절할 수 있도록 하는 권리이다.⁸⁵⁾ 따라서 민법 제536조의 동시이행의 항변권은 기본적으로 각 채무가 쌍무계약에서 발생된 것이어야 하며, 이에 더하여 공평의 견지에서 인정될 수 있는 경우에 그 범위가 확장되어 적용될 수 있다.

1. 쌍무계약상 인정되는 동시이행의 항변권

민법 제536조는 명문으로 쌍무계약에서 동시이행의 항변권이 인정됨을 규정하고 있다. 따라서 쌍무계약에서 각 계약 당사자가 서로에게 대가성이 있는 채무를 부담하고 있을 경우, 일정한 성립요건 하에 당사자들에게 동시이행의 항변권이 인정된다. 이와 관련하여, 판례는 대가성이 있는 채무는 당사자의 약정에 의해서도 발생할 수 있고 또한 고유의 대가관계가 아니라고 하더라도 당사자의 약정을 통해 대가성을 부여하여 동시이행의 항변권을 인정할 수 있다고 판시하였고,⁸⁶⁾ 반대로 제536조는 강행규정이

85) 대법원 1999. 4. 23. 선고 98다53899 판결.

86) 대법원 1990. 4. 13. 선고 89다카23794 판결; 대법원 1992. 8. 18. 선고 91다30927 판결;

아니기 때문에 쌍무계약이라고 하더라도 당사자의 약정을 통해 동시이행의 항변권을 배제할 수도 있다고 판시한 바가 있다.⁸⁷⁾

2. 쌍무계약 이외의 범위에서 인정되는 동시이행의 항변권

동시이행의 항변권은 오로지 쌍무계약에서만 인정되는 권리가 아니다. 동시이행의 항변권은 공평의 원칙에 의해 인정되는 권리이므로, 그 취지에 따라 쌍무계약상 발생한 채무관계가 아니라고 할지라도 동일한 법률요건에 따라 발생한 것이고 양 채무를 동시에 이행하여야 하는 것이 공평의 관념에 의해 타당한 경우라면, 이때에도 민법 제536조 동시이행의 항변권이 인정된다. 즉 쌍무관계에서도 동시이행의 항변권이 인정되고 있다. 따라서 민법의 많은 부분에서 제536조를 준용하고 있으며, 다른 법률에서도 민법 제536조를 준용하고 있다.

민법 제549조 원상회복의무와 동시이행 조문에서 제536조를 준용한다고 하고 있으며, 제561조 부담부증여의 증여자의 의무와 수증자의 의무 조문에서 “쌍무계약에 관한 규정을 적용한다”라고 정하고 있다. 또한 제583조 담보책임에 있어서의 원상회복의무 조문에서 “제536조의 규정은 제572조 내지 제575조, 제580조 및 제581조의 경우에 준용한다”라고 정하고 있다. 그 외에 제667조 수급인의 담보책임 제3항에서도 준용규정을 두고 있으며, 제728조 해제와 동시이행 조문 또한 준용규정을 두고 있다.

동시이행의 항변권은 민법뿐만 아니라 다른 법률에서도 나타나고 있다. 가등기담보등에 관한 법률 제4조 청산금지급채무와 담보부동산이전등기·인도의무 제3항을 비롯하여 동 법률에서 나타나고 있고, 주택임대차보호법, 상가임대차보호법 등에서도 민법 제536조를 준용하는 조문을 찾아볼 수 있다.

또한 판례와 학설도 공평의 원칙에 따라 쌍무계약 이외의 범위에서 동

대법원 2006. 2. 24. 선고 2005다58656·58663 판결.

87) 대법원 1968. 3. 21. 선고 67다2444 판결.

시이행의 항변권이 인정되는 것을 긍정하고 있다. 판례는 “동일한 법률요건으로부터 생긴 것이어서 공평의 관점으로 보아 견련적으로 이행시킴이 마땅한 경우”에 동시이행의 항변권을 인정하여야 한다고 판시하였고,⁸⁸⁾ 또한 “대가적 의미가 있어 견련관계를 인정하여야 할 사정이 있는 경우”에 동시이행의 항변권을 인정하여야 한다고 판시하였다.⁸⁹⁾

II. 동시이행의 항변권의 법적 성질

동시이행의 항변권의 효과가 언제 발생하느냐에 따라 동시이행의 항변권의 법적 성질을 구분하여 볼 수 있다. 동시이행의 항변권의 효과를 누리기 위해 당사자는 반드시 동시이행의 항변권을 원용하여야 한다는 학설이 있으며, 이와 다르게 동시이행의 항변권을 원용하지 않더라도 그 존재만으로 효과가 발생한다는 학설이 있다. 전자에 대한 입장을 원용설이라 하고, 후자의 입장을 원용불요설이라 한다.

1. 원용설

1) 원용설의 의의

원용설에 따르면 동시이행의 항변권은 그 요건에 따라 성립하지만, 그 효과에 있어서는 계약 상대방의 이행청구에 따라 당사자가 동시이행의 항변권을 원용해야 그 효과가 발생하며 소송에서도 법원이 이를 인정할 수 있다. 따라서 당사자가 동시이행의 항변권을 원용하지 않는다면 계약 상대방의 이행청구의 효과가 아무 장애 없이 발생한다. 또한 원용설에 따르면 당사자가 동시이행의 항변권을 원용할 것인가에 대해서는 전적으로 당

88) 대법원 1992. 10. 9. 선고 92다25656 판결; 대법원 1997. 6. 27. 선고 99다3828 판결.

89) 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다23193 판결.

사자의 자유라고 보며, 이러한 원용설은 항변권설로 표현되기도 하며⁹⁰⁾ 현재 다수설이다.⁹¹⁾

이러한 원용설(항변권설)은 동시이행의 항변권의 효과인 지체저지효와 상계금지효에 대해서 존재효과설과 행사효과설, 동시이행의 관계와 동시이행의 항변권 구분설로 학설이 또 나뉘고 있다.

(1) 존재효과설

존재효과설에 따르면 이행거절권능은 동시이행의 항변권을 원용하여야 발생하지만, 지체저지효와 상계금지효는 예외적으로 원용하지 않더라도 그 효과를 인정하는 학설이다. 이는 지체저지효에 대해, 당사자가 동시이행의 항변권을 원용하지 않더라도 항변권을 가지고 있는 그 사실 자체만으로 자기채무를 이행하지 않아도 되는 것을 정당화시킨다고 보고 있기 때문이며,⁹²⁾ 따라서 당사자가 동시이행의 항변권을 가지고 있는 동안에는 지체책임이 발생하지 않는다고 본다.⁹³⁾ 상계금지효의 경우에도 마찬가지로 본다.

(2) 행사효과설

행사효과설에 따르면, 동시이행의 항변권의 이행거절권능과 같이 지체저지효와 상계금지효 또한 동시이행의 항변권을 원용할 때 그 효과가 발생한다.⁹⁴⁾ 이는 일본의 소수설로, 우리 민법학계에서 이를 주장하는 학자

90) 이하에서는 원용설(항변권설)이라 칭한다.

91) 박윤직, 전게서, 65면; 김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1988, 60면; 김상용, 채권각론, 화산미디어, 2009, 88-89면; 김학동·김중환, 채권각론, 박영사, 2006, 76면; 송덕수, 전게서, 71면; 송덕수, “동시이행의 항변권에 관한 고찰”, 이화여자대학교 법학논집, 제10권 제2호, 2006. 3, 78면.

92) 박영복, “동시이행의 항변권의 요건사실과 그 주장·증명책임”, 외법논집, 제40권 제3호, 2016. 8, 25면.

93) 박윤직, 전게서, 66면.

94) 新版 注釋民法 債權(4), 有斐閣, 1996, 530면.

는 없다.

(3) 동시이행의 관계와 동시이행의 항변권 구분설⁹⁵⁾

동시이행의 관계와 동시이행의 항변권 구분설에 따르면, 이행거절권능은 당사자가 동시이행의 항변권을 원용하여야 발생하는 효력이다. 하지만 지체저지효나 상계금지효는 동시이행의 항변권의 원용과 관계없이 발생하는 것으로, 이는 동시이행의 항변권에 의해 발생하는 효력이 아니라 동시이행의 관계에 의해 발생하는 효력이라 한다. 이러한 쌍무계약의 이행상 관련성의 내용에 대해 “동시이행의 관계”라 정하며, 이를 광의의 동시이행의 항변권이라 부르기도 한다.⁹⁶⁾

2) 원용설(항변권설)의 근거

다수설은 원용설중 존재효과설에 따르고 있다. 따라서 원용설중 존재효과설에 대한 근거를 살핀다.

(1) 먼저 원용설(항변권설)은 항변권적 성격에 따라 동시이행의 항변권이 입법되었다고 하면서, 원용설(항변권설)로 보는 것이 입법의도에 맞는 해석이라 한다.⁹⁷⁾ 따라서 항변권의 성격에 따라, 동시이행의 항변권은 계약 상대방의 청구권의 행사에 대해 대항하는 권리이며 당사자가 원용을 하여야 한다고 본다. 또한 당사자가 항변권을 원용하지 않는다면, 법원은 계약 상대방의 청구권을 인용하여야 하기 때문에 원고인 계약상대방의 청

95) 남효순, “동시이행관계의 본질 및 내용”, 363-364면; 남효순, “동시이행항변권과 이론의 재구성”, 82면.

남효순 교수는 초기 논문에서 동시이행의 관계와 동시이행의 항변권 구분설을 주장하였으나, 후에 원용불요설로 그 주장을 수정하였다. 후의 논문으로, 남효순, “이행거절권능의 법률관계”, 서울대학교 법학 제42권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2001. 12.

96) 남효순, “동시이행관계의 본질 및 내용”, 364면; 남효순, “동시이행관계와 지체책임 (대법원 1995. 3. 14. 선고 94다26646 판결)”, 민사판례연구 18집, 2003, 234면.

97) 민의원법제사법위원회민법안심의소위원회, 민법안심의록(상), 1957, 311면.

구권은 아무런 제한을 받지 않고 행사된다는 것을 근거로 한다.

(2) 우리 민법의 동시이행의 항변권은 독일 민법의 동시이행의 항변권의 영향을 받은 것인데, 독일 민법에서 동시이행의 항변권을 원용설(항변권설)로 파악하고 있음을 그 근거로 한다. 독일 민법에서는 동시이행의 항변권의 이행거절권능을 실체법상 항변권(Einrede)으로 구성하고 있으며⁹⁸⁾ 쌍무계약에서 양 당사자에게 생기는 각각의 채권과 채무는 독립적인 것이라 한다. 따라서 각 채권자는 제한 없이 그 채권을 행사할 수 있으며, 반대로 청구를 받은 채무자는 동시이행의 항변권의 이행거절권능을 원용함으로써 자신의 이행을 거절할 수 있다고 한다.

(3) 원용설(항변권설)은 동시이행의 항변권의 발생 시기와 관련하여, 계약상대방이 자기의 채무를 이행하지 않고 단순청구를 하였을 때 당사자에게 동시이행의 항변권이 발생하는 것이며, 그 효과는 발생한 동시이행의 항변권이 행사되었을 때 발생한다고 본다.⁹⁹⁾ 이와 같이 동시이행의 항변권의 효력발생시기를 보는 학설을 단순청구시설이라 한다.¹⁰⁰⁾ 이러한 단

98) 김상일, “항변(Einwendung)과 항변권(Einrede)”, 비교사법 제8권, 한국비교사법학회, 2001, 137면; 김영희, “항변과 항변권 - 과거와 현재 -”, 민사법학, 한국민사법학회, 2008, 81면.

위 논문들에 따르면, 독일은 실체법상 Einwendung(보통 항변 또는 항변사유로 번역)과 실체법상 Einrede(보통 항변권으로 번역)으로 구분하며, Einwendung의 한 부분이 Einrede에 해당한다. 따라서 Einwendung에는 순수한 Einwendung과 Einrede로 구분할 수 있다. 독일에서 실체법상 Einwendung의 부분으로 실체법상 Einrede에는 대표적으로 권리행사저지적 항변으로 이행거절권능이 해당하고, 순수한 Einwendung은 권리불발생 항변과 권리소멸적 항변이 이에 해당한다고 한다. 실체법상 Einrede은 이행거절권능으로, 청구권에 대항하는 개념으로 상대방의 청구권의 행사를 전제로 하며 당사자가 이를 원용하여야 그 효과가 발생한다고 본다. 이에 반해 순수한 Einwendung은 상대방의 청구권을 전제로 하지 않으며 그 효과 또한 원용하지 않아도 인정된다. 하지만 이와 같은 구분은 실체법상 Einrede와 실체법상 Einwendung에만 해당하는 개념임을 주의하여야 한다. Einrede와 Einwendung의 개념은 소송법상에서도 쓰이는데, 이때의 Einrede와 Einwendung은 다른 개념이기 때문이다. 간단히 설명하자면, 소송법상 Einrede는 실체법상 Einwendung과 같은 개념이며 소송법상 Einwendung은 소송법상 Einrede와 소의 부인 등을 다 포함하는 상위개념이라 한다.

99) 박윤직, 전제서, 65면; 김기선, 전제서, 56면; 정옥태, 전제논문, 69면.

100) 원용설(항변권설)과 단순이행청구시설은 다른 논점으로 볼 수도 있으나 결과적으로 같은 문제를 다루고 있음으로 함께 설명할 수 있다. 같은 취지로, 성준호·김진, “동시이

순이행청구시설에 따르면 민법 제536조의 의미는 “단순청구”라는 뜻이 숨어 있는 것이며, 따라서 계약상대방이 자신의 채무이행을 하지 않고 당사자에게 이행을 청구한 경우에만 동시이행의 항변권을 행사할 수 있고,¹⁰¹⁾ 그 효력을 인정받기 위해서는 발생한 동시이행의 항변권이 원용되어야 한다.

2. 원용불요설

1) 원용불요설의 의의

원용불요설은 당사자가 동시이행의 항변권을 원용하지 않더라도, 당사자가 가지고 있는 동시이행의 항변권의 존재만으로 이행거절권능, 지체지효, 상계금지효의 효과가 발생한다는 학설이다. 또한 원용불요설은 그 설명 근거에 따라 성질설로도 표현되는데, 성질설은 동시이행의 항변권이 쌍무계약의 성질에 따라 당연히 그 효과가 인정되어 원용이 불필요하다는 학설이다.¹⁰²⁾ 즉, 원용불요설은 동시이행의 항변권을 쌍무계약으로부터 발생하는 채무의 견련성과 관련한 성질 그 자체로 인해 나타나는 것으로 보고, 쌍무계약이 발생하게 되면 그에 따라 동시이행의 항변권과 이에 대한 효과가 당연히 발생한다고 보는 견해이다.¹⁰³⁾ 이러한 원용불요설은 학자에 따라 성질설 또는 실체법설¹⁰⁴⁾이라고 구분하여 부르기도 한다.¹⁰⁵⁾

행항변권의 효과에 관한 소고”, 비교사법 1(2), 한국비교사법학회, 2009, 383면.

101) 남효순, “동시이행관계의 본질 및 내용”, 339면.

102) 윤철홍, 채권각론, 법원사, 2015, 92-93면; 이은영, 전게서, 148-150면; 이은영, “쌍무계약과 동시이행의 항변권”, 고시연구, 1987, 7, 120면; 성준호, “쌍무계약의 특수한 효력으로서 동시이행항변권에 관한 검토 - 본질에 관한 논의를 중심으로 -”, 성균관법학 20권 2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2008, 51-52면.

103) 윤철홍, 전게서, 92-93면; 이은영, 전게서, 148-150면; 주석민법, 채권각칙(1), 제3판, 306-307면; 이은영, 전게논문, 120면. 유사한 주장으로, 남효순 교수는 쌍무계약의 채무는 일정한 조건하에 놓인 채무로, 당사자가 채무에 관하여 이행제공을 하면서 상대방에게 이행을 청구할 수 있다고 본다. 남효순, “이행거절권능의 법률관계”, 124면.

104) 김형배·김규완·김명숙, 전게서, 1230면.

105) 이하에서는 “원용불요설(성질설)”이라 칭한다.

2) 원용불요설(성질설)의 근거

(1) 민법 제536조는 동시이행의 항변권을 “항변권”으로 규정하고 있으나, 동시이행의 항변권은 쌍무계약의 이행상 견련성에 의해 나타나는 것으로 그 본질을 항변권이라고 보기에 많은 무리가 있다고 한다.¹⁰⁶⁾ 동시이행의 항변권은 그 기능에 있어서 담보적 기능과 이행촉구의 압력수단으로서의 기능 등을 가지고 있고, 이러한 동시이행의 항변권의 기능은 항변권의 특성으로 발생하기보다 쌍무계약의 이행상의 견련성 때문에 나타나는 기능이기 때문이다. 또한 동시이행의 항변권의 효과로 지체처지효와 상계금지효가 인정되는 것은 이행거절권이 기본적으로 있는 것을 전제로 인정되는 것으로 이해하여야 하며, 따라서 원용설(항변권설)이 상계금지효와 지체처지효를 이행거절권능과 달리 취급하는 것은 옳지 않다고 본다.¹⁰⁷⁾

(2) 원용불요설은 상대방이 자신의 이행이 없이 당사자에게 이행청구를 한 청구권은 쌍무계약의 성질상 내재적으로 제한이 있는 청구권이라고 본다.¹⁰⁸⁾ 동시이행의 항변권은 쌍무계약의 이행상 견련성에 의해 발생하는 것으로, 계약 상대방이 가지고 있는 청구권의 내용은 자신의 채무이행을 하면서 상대방에게 채무이행을 청구할 수 있는 것이기 때문에,¹⁰⁹⁾ 쌍무계약의 각 당사자들이 가지고 있는 채권은 내용상 제한이 있는 것이다.¹¹⁰⁾ 따라서 당사자가 동시이행의 항변권을 주장하는 것은 쌍무계약의 이행상 견련성에 의해 그 성질상 내재되어 있는 청구권에 대한 제한을 주장하는 것이다.¹¹¹⁾

106) 성준호, 전계논문, 47면.

107) 성준호, 전계논문, 48면.

108) 김형배, 전게서, 145면; 윤철홍, 채권각론, 법원사, 2015, 92-93면; 이은영, 전게서, 148-150면; 이은영, “쌍무계약과 동시이행의 항변권”, 고시연구, 1987, 7, 120면; 성준호, 전계논문, 51-52면; 정기웅, 전계논문, 174면.

109) 남효순, “이행거절권능의 법률관계”, 124면.

110) 성준호, 전계논문, 49면.

111) 김형배, 전게서, 145면; 윤철홍, 채권각론, 법원사, 2015, 92-93면; 이은영, 전게서,

(3) 원용불요설(성질설)은 동시이행의 항변권의 발생시기는 선이행의무와 같은 특약이 없는 한 채무가 발생함과 동시에 발생한다고 본다.¹¹²⁾ 이와 관련하여 원용설(항변권설)과 같이 단순청구시설로 본다면, 변제기가 도래하였으나 상대방의 청구가 없으면 당사자가 동시이행의 항변권을 주장할 수 없는 부당한 결과가 나타나는 것을 지적한다.¹¹³⁾

또한 민법 제536조의 표제가 “항변권”임에는 분명하나, 조문의 내용을 살펴보면 그 어디에도 계약 상대방의 청구권 행사가 있어야 한다거나 당사자의 동시이행의 항변권의 원용이 있어야 한다고 정하지 않음을 지적한다.¹¹⁴⁾

3. 판례

판례는 “동시이행의 항변권은 당사자가 이를 원용하지 아니하면 상대방의 청구를 저지할 수 없는 것이다”라고 하면서, 상대방의 청구를 저지하기 위해 당사자는 동시이행의 항변권을 원용하여야 한다고 판시하였다.¹¹⁵⁾ 위와 같이 초기 판례에서는 동시이행의 항변권을 실체법상과 실체법상의 구분이 없이 원용설의 입장으로 판시하였다. 또한 “부동산매매계약의 쌍방의무가 동시이행인 경우에도 당사자 일방이 동시이행의 항변권을 행사하지 아니 하는 때에는 타일방은 자기의 의무이행 또는 이행의 제공없이 매매계약에 기인한 일방의 청구권을 행사할 수 있다”라고 하면서, 당사자가 동시이행의 항변권을 원용하지 않으면 그 계약 상대방은 당사자에게 채무이행의 청구권을 행사할 수 있다고 직접적으로 판시하였다.¹¹⁶⁾

148-150면; 이은영, “쌍무계약과 동시이행의 항변권”, 고시연구, 1987, 7, 120면; 성준호, 전계논문, 51-52면; 정기웅, 전계논문, 174면.

112) 이은영, 전계서, 149면.

113) 이은영, 전계서, 149면.

114) 이은영, 전계서, 150면.

115) 대법원 1955. 4. 7. 선고 4287민상368 판결.

그 후, 판례는 “매매를 원인으로 한 소유권이전등기청구에 있어 매수인은 매매계약 사실을 주장, 입증하면 특별한 사정이 없는 한 매도인은 소유권이전등기의무가 있는 것이며, 매도인이 매매대금의 일부를 수령한 바 없다면 동시이행의 항변을 제기하여야 하는 것이고, 법원은 매수인의 이와 같은 항변이 있을 때에 비로소 대금지급 사실의 유무를 심리할 수 있는 것이다”라고 하면서, 당사자가 동시이행의 항변권을 원용해야만 법원이 이를 심리할 수 있음을 판시하였다.¹¹⁷⁾ 이와 같이, 판례의 입장은 다수설인 원용설(항변권설)의 입장에 서있는 것처럼 보인다. 하지만 이는 소송상의 동시이행의 항변권의 모습만을 판시한 것으로, 실체법상의 동시이행의 항변권의 모습에 대해서는 침묵한 것으로 보인다.

그러나 이행지체의 효과와 관련한 판례에서 “쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있을 경우 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않는 것이고, 이와 같은 효과는 이행지체의 책임이 없다고 주장하는 자가 반드시 동시이행의 항변권을 행사하여야만 발생하는 것은 아니다”¹¹⁸⁾라고 판시하였고, 또한 “대가적 채무 간에 이행거절의 권능을 가지는 경우에는 비록 이행거절 의사를 구체적으로 밝히지 아니하였다고 할지라도 이행거절권능의 존재 자체로 이행지체책임은 발생하지 않는다”라고 판시하였다. 원용불요설(성질설)의 주장에 따르면, 이러한 판례들이 원용불요설(성질설)의 관점에서 판시하였다는 주장도 있으나,¹¹⁹⁾ 이러한 입장에 대하여 원용설(항변권설) 중 존재효과설에 따르면 지체책임저지효와 상계금지효에 대해서는 동시이행의 항변권의 행사를 하지 않더라도 그 효과를 인정하고 있으므로 위와 같은 판시사항만으로 판례가 원

116) 대법원 1955. 4. 21. 선고 4287민상287 판결.

117) 대법원 1990. 11. 27. 선고 90다카25222 판결; 같은 취지의 판결로, 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다53187 판결.

118) 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다54604·54611 판결; 같은 취지의 판결로, 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다5541 판결; 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다13754·13761 판결; 대법원 2001. 7. 10. 선고 2001다3764 판결; 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다24106 판결.

119) 이은영, 전거서, 151면.

용불요설(성질설)의 입장이라는 주장은 옳지 않다는 비판이 있다.¹²⁰⁾

결론적으로, 동시이행의 항변권의 인정에 관한 판례와 동시이행의 항변권의 효과에 관한 판례를 종합하여 판단하여 볼 때, 판례의 입장은 기본적으로 소송상에서는 원용설(항변권설)의 입장을 취하고 있으나 실체법상의 동시이행의 항변권에 대해서는 1955년 판례 이후로 침묵하고 있으므로 그 입장이 명확하지 않다.

4. 사건

사건으로는, 동시이행의 항변권의 법적 성질은 이를 원용하여야 이행거절권능이 인정된다고 보는 다수설과 판례의 입장과 다르게, 그 존재만으로 효력이 인정된다고 보는 원용불요설(성질설)의 입장이 타당하다고 생각한다. 따라서 원용설(항변권설)의 입장을 자세히 살펴보고 이에 대해 비판해보므로 원용불요설(성질설)의 입장에 대해 밝히려 한다. 이와 관련하여 1) 동시이행의 항변권에서 “항변권”의 의미가 무엇인지, 2) 동시이행의 항변권과 관련하여 쌍무계약의 청구권에 대해 살펴볼 것이며, 3) 동시이행의 항변권의 모습이 소송상 어떠한 지에 대해 살펴보려 한다.

특히 1)과 2)는 실체법상 동시이행의 항변권에 한한 설명이며, 3)이 소송상 동시이행의 항변의 모습에 대한 설명이므로, 실체법상의 모습과 소송상의 모습의 구분에 유의하여 살펴본다.

1) 동시이행의 항변권에서의 “항변권”의 의미

원용설(항변권설)의 주장과 같이, 우리 민법 제536조는 동시이행의 항변권을 “항변권”으로 규정하고 있음이 사실이다. 따라서 이러한 항변권의 성격에 따라 계약 상대방이 청구권을 행사한 경우 그에 대하여 대항하는

120) 김주수, 전게서, 71면; 송덕수, 전게논문, 78면.

개념으로 동시이행의 항변권을 이해하고 있다. 이러한 이해는 우리 민법의 동시이행의 항변권이 독일 민법의 동시이행의 항변권에 영향을 받았고,¹²¹⁾ 독일 민법이 실체법상 Einrede(항변권)으로 동시이행의 항변권을 이해하고 있음에 그 원인이 있다. 하지만 이러한 이해는 다음과 같은 문제가 있다.

(1) 먼저 독일 민법이 초기에 동시이행의 항변권을 규정함에 있어서 그 배경이 우리 민법과 다르다. 독일 민법의 동시이행의 항변권이 “항변권”의 성격을 갖는다는 해석이 처음으로 나온 이유는, 그 당시 독일 민법의 동시이행의 항변권은 쌍무계약의 성립상 견련성을 간과한 개념, 즉 서로 다른 두 개의 독립된 채무가 있을 경우 당사자 일방이 상대방에게 채무이행을 청구하였을 때 상대방이 동시이행의 항변권을 원용함으로써 그 각각의 독립된 채무에 대해 이행상 견련성을 발생시켜 두 개의 채무를 한 번에 해결하는 모습으로 소송상 경제성을 도모하기 위한 개념이었기 때문이다.¹²²⁾ 따라서 초기 독일 민법에서 동시이행의 항변권은 성립상 견련성이 없는 각각의 독립된 채무가 양 당사자에게 있는 경우 상대방이 가지고 있는 채권으로 당사자에게 채무이행을 청구하였을 때 당사자도 자신이 가지고 있는 채권의 이행을 상대방에게 동시에 요구할 수 있는 방법을 마련하기 위해 동시이행의 항변권을 “항변권”으로 원용이 필요하다고 본 것이다.

하지만 우리 민법 제536조의 동시이행의 항변권은 쌍무계약에서 인정되는 권리이기 때문에 성립상 견련성이 당연히 전제되고 있으므로 초기 독일 민법의 동시이행의 항변권과 달리 생각해보아야 할 필요가 있다.

(2) 또한 독일 민법의 동시이행의 항변권의 개념 또한 쌍무계약과 관련하여서는 “항변권”의 성격으로 파악하지 않는 학설이 주장되고 있다.¹²³⁾

121) 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 1230면.

122) 성준호, 전거논문, 52면; 제철웅, 전거논문, 98면.

123) 통일적 교환청구설이 독일의 다수설에 이르렀다는 논문으로, 성준호, 전거논문, 40면.

이러한 학설은 통일적 교환청구권설(Theorie vom einheitlichen Austauschanspruch)로, 쌍무계약의 건련성에 의해 계약 상대방은 자신의 채무의 이행을 함과 동시에 당사자에게 채무이행을 청구할 수 있는 권리를 가지는 것이라 파악한다.¹²⁴⁾ 따라서 동시이행의 항변권의 원용이 없더라도 쌍무계약의 이행상 건련성만으로 이행거절권능이 발생한다고 보며, 소송에 있어서 법원이 직권으로 고려할 수 있다고 한다.¹²⁵⁾ 독일의 동시이행의 항변권의 모습을 통일적 교환청구권설로 파악한다면 전통적인 실체법상 Einrede의 성격과 일치한다고 볼 수 없으며, 법원이 이를 직권으로 고려할 수 있다고 보는 것까지 인정한다면 실체법상 Einwendung의 성격과 동일해지는 것처럼 보인다. 이러한 독일의 통일적 교환청구권설이 그 근거에 있어서 당사자의 청구권에 제한이 있음을 지적하는 점은, 원용불요설(성질설)과 그 근거를 같이 한다.

(3) 원용설(항변권설)과 같이, 표제가 “항변권”이기 때문에 실체법상 Einrede의 특성인 상대방의 청구권의 행사와 당사자의 원용을 필요로 하는 개념으로 우리 민법의 동시이행의 항변권을 “항변권”으로 파악하여야 한다는 식의 주장은 현대 독일 민법에서도 대립이 있다. 독일에서는 Einrede라고 표제를 달고 있으면서 Einrede로 파악하지 않는 일이 아주 없는 일은 아니기 때문이다. 대표적으로, 현재의 동시이행의 항변권도 그러하며, 독일 민법 제986조에서 규정하고 있는 점유할 권리가 있는 경우 물건의 반환을 거절할 수 있는 권리 또한 Einrede라 규정하였으나 오늘날에 들어서 Einwendung이라 이해하는 것이 통설과 판례이기 때문이다.¹²⁶⁾

각주19에 따르면, Arwed Blomeyer, Josef Esser, Eike Schmidt, Karl Larenz, Manfred Wolf, Franz Loenhard, Otto Palandt 등이 주장하고 있다; 다수설은 아니지만 독일에서 원용설(항변권설)의 비판이 많고 새로운 이론구성이 있다는 주장으로, 이은영, 전게서, 152면.

124) 성준호, 전게논문, 40면.

125) 성준호, 전게논문, 40면.

126) 성준호, 전게논문, 45면.

(4) 그렇다면 우리 민법 제536조 동시이행의 항변권은 어떠한 성질로 파악하여야 할 것인가? 위에서 보았듯 우리 민법의 동시이행의 항변권에 영향을 준 독일의 동시이행의 항변권이 그 법적 성질을 파악함에 있어서 항변권(Einrede)설(Einredetheorie)과 통일적 교환청구권설 사이에서 그 학설이 나뉘어져 있다는 점과, 표제가 Einrede라 하더라도 Einwendung으로 파악하는 모습이 보인다는 점, 초기 독일에서 동시이행의 항변권을 Einrede로 규정할 때 쌍무계약을 전제로 하지 않았다는 점을 보았을 때, 우리 민법의 동시이행의 항변권과 차이가 있음을 알 수 있다. 따라서 우리 민법의 동시이행의 항변권을 파악함에 있어서 독일의 동시이행의 항변권과 Einrede와 Einwendung의 구분에서 벗어나 생각할 필요가 있다.¹²⁷⁾

(5) 독일의 구분에 따라 실체법상 Einrede와 실체법상 Einwendung의 가장 큰 차이점은 실체법상 Einrede는 계약 상대방의 청구권의 존재를 인정하지만 그 청구권의 효과에 대해 대항하는 것으로 대표적으로 이행거절 권능이 이에 해당하며, 실체법상 Einwendung은 상대방의 청구권의 존재를 부정하는 것으로 청구권의 성립을 방해하거나 소멸하는 것이다.¹²⁸⁾ 이러한 면을 고려해보면 우리 민법의 동시이행의 항변권은 일정부분에서 실체법상 Einrede의 성격을 갖고 있다고 볼 수 있다. 우리 판례에서 피고가 동시이행의 항변권을 주장하면 원고일부승소판결인 상환금부판결을 내리는 것도, 원고의 청구권을 부정하지 않고 인정해주는 이유에서이다. 하지만 우리 민법의 동시이행의 항변권과 독일의 실체법상 Einrede의 차이점은 바로 쌍무계약의 견련성, 즉 이행상 견련성을 기초로 하는지에 대한 점이다. 독일에서도 동시이행의 항변권과 관련하여 교환청구권설이 주장되는 이유 또한 바로 쌍무계약의 견련성 때문이다.¹²⁹⁾ 이에 대해 좀 더 자세히 살펴보면 다음과 같다.

127) 우리 민법에 맞는 독자적인 항변권으로 달리 보아야 한다는 주장으로, 이은영, 전게서 153면.

128) 김영희, “항변과 항변권”, 79-80, 88-89면.

129) 성준호, 전계논문, 40면.

일반적으로 항변권이라 함은 상대방에게 당사자에 대한 청구권이 존재하였고 그것이 행사되었을 경우 당사자가 가지고 있는 대항할 수 있는 권리를 의미한다.¹³⁰⁾ 즉, 상대방이 청구권을 행사하지 않으면 당사자 또한 항변권을 행사할 수 없다. 따라서 상대방이 온전한 청구권을 행사하였고 그 청구권에 대해 대항하기 위해 항변권으로 대항하는 일반적인 모습은 독일의 Einrede의 특징과 동일하다고 생각한다.

하지만 동시이행의 항변권이 문제가 되는 우리 민법의 쌍무계약에서의 청구권은 그 견련성에 의하여 상대방이 청구권을 행사하기 위해서는 자신의 채무를 이행하여야 하는 일종의 제한이 있는 청구권으로 보아야 한다.¹³¹⁾ 이러한 청구권으로 파악하는 것이 쌍무계약의 당사자의 의사에도 일치하기 때문이다. 따라서 원용불요설에 따라 동시이행의 항변권에 의해 이행거절을 하는 것은 상대방의 청구권의 행사에 대한 대항으로서 일반적인 항변권으로 파악하는 것과는 달리, 쌍무계약의 견련성이라는 특성에 의해 상대방의 청구가 제한이 있는 청구권임을 주장하는 것이다.¹³²⁾

그 결과 우리 민법의 동시이행의 항변권은 계약 상대방의 청구권의 존재를 부정하는 것이 아니므로 독일의 실체법상 Einwendung에 해당하지는 않지만, 그렇다고 하여 효과를 발생시키기 위해 당사자의 원용을 필수로 하는 실체법상 Einrede와 같은 항변권에 해당하는 것 또한 아니다. 이러한 차이가 발생하는 이유는 독일의 통일적 교환청구설이 주장되는 이유와 마찬가지로 쌍무계약의 이행상 견련성을 그 전제로 동시이행의 항변권을 파악하기 때문이다. 따라서 상대방의 청구권이 제한된 청구권이기 때문에 항변권을 원용할 필요가 없다는 의미로서 원용불요설이라 하기도 하며, 발생한 채권의 제한된 성질에 의해 발생한 것이라는 의미로 성질설,¹³³⁾ 실체법설¹³⁴⁾이라 표현된다. 이러한 면을 볼 때, 동시이행의 항변

130)곽윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 제9판, 2013, 66면.

131) 윤철홍, 채권각론, 법원사, 2015, 92-93면; 이은영, 전제서, 148-150면; 이은영, 전제논문, 120면; 성준호·김진, 전제논문, 379면.

132) 성준호·김진, 전제논문, 379면. 임건면, 전제논문, 172면.

133) 대표적으로 이은영 교수가 성질설이라 한다.

134) 대표적으로 김형배 교수가 실체법설이라 한다.

권의 “항변권”의 의미는 일반적인 항변권의 성격과 차이가 있다.

(6) 이와 같이 원용불요설(성질설)의 입장으로 동시이행의 항변권을 파악하는 것은 행사를 전제로 그 효력을 인정하는 기존의 항변권에 어긋난다는 비판이 있으며, 이러한 비판에 따르면 상대방이 청구를 하지 않은 경우에는 항변권의 행사가 필요없다고 한다.¹³⁵⁾ 하지만 다음과 같은 이유로 우리 민법의 기존의 항변권의 의미로 포섭하지 못하는 부분이 생기며, 따라서 그 의미를 보다 확장시켜 이해하여야 한다는 주장이 있다.¹³⁶⁾ 그 이유는 항변권의 의미를 일반적인 이해와 같이 상대방의 청구권 행사에 대항하는 의미로 새긴다면, 민법 제387조 확정기한부채무나 불확정기한부채무의 경우 상대방의 적극적인 청구권 행사가 없었으나 항변권을 행사하여야 하는 문제가 발생하기 때문이다.¹³⁷⁾ 따라서 항변권의 개념을 일정한 사유가 있을 경우 자신의 채무 이행을 하지 않아도 되는 권리로 확장시켜 보아야 한다는 것이다.¹³⁸⁾

이러한 주장은 우리 민법에서 “항변권”이라는 표제를 가지고 있는 조문을 살펴보면 더욱 분명히 파악할 수 있다. 우리 민법 제437조 보증인의 최고검색의 항변권에서는 “채권자가 보증인에게 채무의 이행을 청구한 때에는”이라고 규정하고 있으며, 또한 민법 제542조 채무자의 항변권은 민법 제539조를 전제로 하는 것으로 “그 제삼자는 채무자에게 직접 그 이행을 청구할 수 있다”를 전제하여 항변권이 인정되는 것이다. 따라서 위의 항변권은 상대방의 청구권 행사를 전제로 하는 기존의 항변권과 그 의미가 일치한다. 하지만 동시이행의 항변권에서의 “항변권”의 개념은 민법 제536조에서 상대방의 청구권을 전제로 하지도 않았고 확정기한부채무나 불확정기한부채무의 경우 상대방의 청구권의 행사가 없어도 인정되어야 하는 권리이므로, 청구권을 전제로 하는 기존의 항변권의 이해와는 잘 맞

135) 박윤직, 채권각론, 박영사, 1995, 112면.

136) 남효순, “이행거절권능의 법률관계”, 112-113면.

137) 남효순, “이행거절권능의 법률관계”, 112면; 이은영, 전게서, 149면.

138) 남효순, “이행거절권능의 법률관계”, 113면.

지 않는 부분이 생기기 때문이다. 따라서 민법 제437조 보증인의 최고검색의 항변권, 민법 제542조 채무자의 항변권, 민법 제536조 동시이행의 항변권의 의미를 전부 포함하기 위해서는, “항변권”의 개념을 일정한 사유가 있을 경우 자신의 채무를 이행하지 않아도 되는 권리로 확장시켜 이해하여야 한다는 것이다.

이러한 확장된 항변권의 개념에 따르면, 동시이행의 항변권의 법적 성질로 원용불요설의 모습이 항변권의 개념과 일치한다. 원용불요설은 동시이행의 항변권이 항변권임에도 불구하고 일반적인 항변권과 같이 적극적으로 대항하지 않더라도 그 효과가 인정된다고 보고 있으며, 이러한 모습은 상대방의 청구권에 제한이 있다는 사실에 주목하여 그 제한으로 인해 당사자가 자신의 이행을 거절할 수 있는 의미이기 때문이다. 즉 상대방의 청구권의 행사를 항변권의 전제로 보지 않고, 또한 상대방의 청구권의 제한이라는 일정한 사유로 인해 당사자는 이행을 거절할 수 있는 것을 볼 때, 확장된 항변권의 개념과 원용불요설은 서로 조화롭게 연결된다고 할 수 있다.

(7) 결과적으로 우리 민법의 동시이행의 항변권이 독일의 동시이행의 항변권에 영향을 받은 것은 사실이나, 우리 민법의 동시이행의 항변권에서 “항변권”의 개념은 독일의 실체법상 Einrede와 정확히 일치하는 개념이 아니다. 그 이유는 우리 민법의 동시이행의 항변권은 쌍무계약의 견련성이 그 전제가 되어 있기 때문이다. 따라서 원용불요설(성질설)에 따라 상대방이 제한된 청구권을 행사하였을 경우, 그 청구권이 온전하지 않기 때문에 동시이행의 항변권의 원용여부와 관계없이 이행거절권능, 지체지효, 상계금지효가 발생한다고 보아야 한다.

그럼에도 불구하고 원용설(항변권설)은 상대방이 온전한 청구권을 행사한 것이고 이에 대해 당사자는 항변권을 행사하여야 하는 것으로 파악한다. 이와 관련하여 계약 상대방의 청구권이 온전한 청구권이라고 보는 것에 대한 비판은 2)로 구분하여 설명하기로 한다.

2) 동시이행의 항변권과 관련하여 쌍무계약에서 청구권의 파악 문제

원용설(항변권설)의 입장은 판결에서 상대방의 청구권에 대해 당사자가 동시이행의 항변권을 행사하면 상환이행판결이 나올 것이며, 동시이행의 항변권을 행사하지 않으면 원고승소판결이 나오는 것을 분석하면서, 쌍무계약의 상대방의 청구권은 당사자의 동시이행의 항변권이 행사되지 않는 한 완전한 청구권으로 파악한다. 하지만 이러한 소송에서의 모습과 실체법상 모습은 구분하여야 할 것이며,¹³⁹⁾ 따라서 소송에서의 모습은 3)에서 살피기로 하며, 여기에서는 쌍무계약에서의 청구권과 관련한 실체법상 모습을 살핀다.

(1) 실체법상 청구권과 동시이행의 항변권의 행사 모습을 살피기 위해 다음과 같은 예를 들기로 한다. 당사자 갑과 계약 상대방 을이 매매계약을 체결하여 당사자 갑은 매수인으로 대금지급의무가 있고 상대방 을은 매도인으로 물건에 대한 소유권이전의무가 있으며, 이러한 매매계약은 5월 1일에 이행되기로 하였다고 보자. 상대방 을이 5월 1일이 지나 물건에 대한 소유권이전을 하지 않고 당사자 갑에게 매매대금지급의무의 이행을 청구하였을 경우, 당사자 갑은 두 가지 행동이 가능할 것이다. 첫 번째는 상대방에게 물건의 이전과 동시에 매매대금을 주겠다고 하는 것과, 두 번째는 아무런 반응 없이 매매대금의 지급을 하지 않는 것이다. 이 두 가지 모습은 현실에서 모두 빈번하게 일어나는 상황이다.

(2) 현재 다수설의 입장인 존재효과설에 의해 위의 예를 살피면 다음과 같다. 첫 번째 경우인 당사자 갑이 상대방 을에게 물건의 이전과 동시에 매매대금을 주겠다고 주장하는 때는 존재효과설에 의해 설명가능하다. 당

139) 이와 관련하여 김형배 교수는, 동시이행의 항변권이 그 본래의 성질(von vornherein)에 따라 실체법상 권리임에도 불구하고, 원용설과 항변권설은 주로 소송법적 개념으로 파악하고 있음을 지적한다. 김형배, 전거서, 148면.

사자 갑이 위와 같이 말한 것이 동시이행의 항변권을 원용한 것이고 따라서 이행거절권능이 생기며 동시이행의 항변권의 존재효로 지체저지효와 상계금지효도 생긴다고 무리없이 설명할 수 있기 때문이다. 하지만 다수설인 존재효과설은 두 번째 경우를 설명하지 못한다. 두 번째의 모습에는 당사자 갑이 동시이행의 항변권을 원용하지 않았으므로 이행거절권능이 발생할 수 없기 때문이다. 따라서 다수설에 따르면 두 번째 경우 당사자 갑은 동시이행의 항변권의 존재의 효과로 지체저지효와 상계금지효는 가지고 있으나 원용하지 않았으므로 이행거절권능이 없는 이상한 모습이 발생하게 된다. 다수설인 존재효과설의 모습과 같이 당사자가 채무이행을 거절하지는 못하나 지체저지효와 상계금지효가 있다고 보는 것은 상당히 어색하기 때문이다. 그 결과 다수설은 이러한 어색한 모습을 해결하기 위해, 당사자가 이행을 하지 않는 것이 이행을 묵시적으로 거절하는 것이라는 묵시적 원용의 개념을 만들어 해결하고자 한다.¹⁴⁰⁾

하지만 동시이행의 항변권의 지체저지효와 상계금지효가 인정되는 것은 이행거절권능이 인정되는 것을 바탕으로 인정되는 효력들로 파악하는 것이 자연스러운 모습이며,¹⁴¹⁾ 이를 묵시적 원용으로 해결하려는 다수설의 모습은 사실 원용을 하지 않는 모습을 원용의 모습으로 보려고 하는 것이라는 비판을 면하기 힘들다.

(3) 이와 같이 원용설(항변권설)이 동시이행의 항변권을 원용을 하여야 한다고 보는 이유는, 소송에서 상대방이 청구권을 행사하였을 경우 당사자가 아무런 대항을 하지 않으면 그 청구권이 온전한 것으로 된다고 보기 때문이다. 하지만 이러한 모습은 소송에서 나타날 수 있을 것이나 실제법상의 모습은 위에서 보았듯 다르게 나타날 수 있다. 실제에서는 상대방의 청구권의 행사가 있을 경우 당사자가 아무런 대꾸를 하지 않는 모습과 비슷하게 나타나는 경우가 많기 때문이다.

140) 남효순, “동시이행관계의 본질 및 내용”, 359-360면.

141) 성준호, 전제논문, 52-53면.

(4) 그렇다면 상대방이 가지고 있는 청구권 개념의 파악이 중요할 것이다. 실체법에 있어서 상대방의 청구권이 온전하다고 보면, 두 번째 상황에서 당사자 갑은 이행거절을 하지 않은 결과가 발생하기 때문이고 이러한 모습은 쌍무계약의 모습과도 맞지 않으며 계약 당사자들의 양 채무를 동시에 이행하기로 한 의사와도 맞지 않기 때문이다. 따라서 상대방이 가지고 있는 청구권의 개념은 자신의 채무이행을 하면서 청구를 하여야 온전해지는 권리, 즉 제한이 있는 청구권으로 파악하여야 실제의 모습에 적합하게 설명할 수 있으며,¹⁴²⁾ 쌍무계약의 당사자들의 의사에도 일치한다. 상대방의 청구권이 자신의 채무를 이행하여야 하는 제한이 있는 청구권으로 파악하는 원용불요설(성질설)에 따르면 다음과 같이 해석이 가능하다. 첫 번째 상대방에게 물건의 이전과 동시에 매매대금을 주겠다고 하는 것은 상대방이 가지고 있는 청구권이 제한이 있는 청구권임을 지적해주는 것이다. 이는 당사자가 항변권의 원용여부와 관계없는 모습이며 단지 상대방의 청구권의 제한이 있음을 주장하는 것이다. 두 번째 아무런 반응 없이 매매대금의 지급을 하지 않는 것은 상대방의 청구권이 온전한 청구권이 아니므로 당사자는 당연히 매매대금을 지급하지 않아도 되는 것이다.

(5) 결과적으로 상대방의 청구권에 대해 원용설(항변권설)이 완전한 청구권이라 전제를 두고 설명하는 것은 다음과 같은 문제가 있다. 소송상의 모습과 실체법상의 모습을 구분하지 않고 설명하는 문제가 있으며, 그로 인해 실체법상 발생하는 실제의 모습을 설명할 수 없는 문제가 있다. 하지만 원용불요설(성질설)에 따르면 상대방의 청구권 자체의 제한이 존재하기 때문에 이러한 실체법상의 문제를 쉽게 해결할 수 있다.

3) 동시이행의 항변권의 소송상의 모습

142) 윤철홍, 채권각론, 법원사, 2015, 92-93면; 이은영, 전게서, 148-150면; 이은영, 전게논문, 120면; 성준호·김진, 전게논문, 379면.

(1) 먼저 실체법상의 모습과 소송에서의 모습을 구분하여야 하는 필요성에 대해 지적해본다. 로마법상 청구권인 *actio*와 항변권인 *exceptio*는 실체법과 소송법을 크게 구분하지 않는 개념이었으나, 중세 주석학파를 거치면서 실체법과 소송법의 구분을 두기 시작하였다.¹⁴³⁾ 이로 인해 독일에서는 실체법상의 *Einrede*와 *Einwendung*과 소송법상의 *Einrede*와 *Einwendung*을 구분하고 있다.¹⁴⁴⁾ 이러한 구분에 따라 독일의 동시이행의 항변권에 영향을 받은 우리 민법의 동시이행의 항변권에서도 실체법적 모습과 소송상의 모습을 구분하여 볼 필요성이 제기 된다.

(2) 앞서 1), 2)에서 동시이행의 항변권의 실체법상의 모습이 어떠한지에 대해 살펴보았다. 그렇다면 소송상의 모습은 어떠한가? 이와 관련하여 독일의 구분을 살펴보면 다음과 같다. 독일에서는 소송상의 *Einrede*의 개념을 실체법상의 *Einrede*와 *Einwendung*을 포함한 개념으로 파악하는 입장이 있다.¹⁴⁵⁾ 이에 관하여 다수설인 원용설(항변권설)은 동시이행의 항변권을 실체법상 *Einrede*로 파악하였기 때문에 당연히 소송상 원용되어 한다고 주장한다고 하면서 원용설(항변권설)이 민사소송법상 변론주의에도 합치한다고 본다. 하지만 다수설의 이해와 다르게, 원용불요설(성질설)에 따르더라도 소송상 원용하여야 동시이행의 항변권이 소송상 인정됨은 크게 다르지 않다.

(3) 이러한 이유는 원용불요설(성질설)이 상대방의 청구권의 존립을 문제삼는 실체법상 *Einwendung*으로 동시이행의 항변권을 파악하지 않기 때문이다. 앞서 보았듯이 원용불요설(성질설)은 상대방의 청구권의 존재를 인정하여 실체법상 *Einrede*의 모습을 따르지만, 단지 그 청구권이 그 성질에 의해 제한이 있다고 본다. 따라서 상대방의 청구권을 부정하는 것이

143) 김영희, “항변과 항변권”, 64-65면.

144) 김영희, “항변과 항변권”, 79-80면.

145) 김영희, “항변과 항변권”, 80면.

아니기 때문에 만약 상대방이 소송상 청구권을 행사한 경우, 당사자는 이에 대해 대항하여야 할 필요성이 나타난다.

다만 학설에 따라 소송상 당사자가 항변하는 내용에 있어서 차이가 나타난다. 원용설(항변권설)에 따르면 상대방이 청구권을 행사하였으나 당사자에게 동시이행의 항변권에 따른 이행거절권능이 있다고 주장하는데 초점이 있다면 원용불요설(성질설)에 따르면 당사자의 주장은 상대방이 행사한 청구권의 제한이 있어 그 청구권의 행사가 온전하지 못하고 따라서 당사자가 이행을 하지 않아도 됨을 주장하는 것이며, 이에 대하여 원용설(항변권설)에 따르면 상대방은 당사자가 동시이행의 항변권을 주장할 수 없음을 증명하여야 할 것이나 원용불요설(성질설)에 따르면 상대방은 자신의 청구권이 그러한 제한에서 벗어나 완전한 청구권이었음을 주장하여야 한다.¹⁴⁶⁾

(4) 결과적으로 원용불요설(성질설)에 따르더라도 소송상 동시이행의 항변권을 인정받기 위해서는 당사자의 원용을 필요로 한다. 따라서 원용불요설(성질설)에 따라 동시이행의 항변권의 효과를 누리기 위해 원용을 필요로 하지 않는 것은 실체법상 측면의 모습만을 의미하는 것이다. 따라서 소송법상 변론주의에 따르면 원용불요설(성질설)이 맞지 않다고 비판하는 것은 원용불요설(성질설)을 오해함에 나타나는 것이며, 다만 학설에 따라 당사자가 소송상 주장하는 내용면에서 차이가 발생할 뿐이다.

4) 소결

우리 민법 제536조의 동시이행의 항변권의 법적 성질을 파악함에 있어서 실체법적인 모습까지 고려한다면 원용불요설(성질설)이 타당할 수 있음을 살펴보았다. 어쩌면 다수설인 원용설(항변권설)은 독일 민법과 우리 민법 모두 실체법상 항변권(Einrede)으로 동시이행의 항변권을 규정하고

146) 김형배, 전제서, 149면.

있지만, 그 권리를 파악함에 있어서 소송 밖의 실체법상 상황은 반영하지 않고 소송상의 모습만 반영하는 문제가 있는 것이 아닌가 생각된다.¹⁴⁷⁾ 따라서 실체법상의 동시이행의 항변권의 모습을 기초로 소송상의 모습까지 일관되게 해석하기 위한 학설로, 원용불요설(성질설)이 타당하다 생각한다.

제 2 절 동시이행의 항변권의 성립요건

민법 제536조 동시이행의 항변권의 성립요건은 3가지로 구분하여 볼 수 있다. I. 대가적 의미가 있는 채무의 대립이 존재할 것, II. 상대방의 채무가 변제기에 있을 것, III. 상대방이 자기의 채무를 이행하지 않고 당사자에게 이행을 청구 할 것이라는 3가지가 그 요건이다.

I. 대가적 의미가 있는 채무의 대립이 존재할 것

대가적 의미가 있는 채무의 대립이 존재할 것이라는 요건은 다시 3가지로 나누어 살펴볼 수 있다. 1. 동일한 쌍무계약에 의한 채무 일 것, 2. 채무들 상호간에 대가적 의미가 있을 것, 3. 채무들이 동시이행의 관계에 있을 것으로 나눠 볼 수 있다. 이외에 쌍무계약 이외의 범위에서 대가적 의미가 있는 채무의 대립이 있을 때에도 동시이행의 항변권이 인정되지만 이와 관련하여서는 앞에서 살펴보았기 때문에, 쌍무계약에서 대가적 의미가 있는 채무의 대립이 존재할 것에 대한 3가지 요건만 살펴기로 한다.

147) 항변권설(원용설)은 쌍무계약 당사자의 거절권을 주로 소송법적 개념으로 파악하고 있다는 주장으로, 김형배, 전거서, 148면.

1. 동일한 쌍무계약에 의한 채무일 것

동시이행의 항변권이 인정되기 위해서는, 각 당사자들의 채무가 동일한 쌍무계약에 의해 발생하여야 한다. 즉 당사자 쌍방이 서로에게 채무를 부담하고 있다고 할지라도 그 채무들이 동일한 쌍무계약에 의해 발생한 것이 아니라 다른 법률상 원인에 의한 것이라면 동시이행의 항변권은 인정되지 않는다.

판례는 “쌍무계약에 있어서 당사자 일방의 의무가 상대방의 의무이행과 동시이행관계에 있는 것은 민법 제536조가 명시하는 바이나 각각 별개의 약정으로 채무를 지게 된 경우에는 당사자간의 특약으로 그 채무이행과 상대방의 어떤 채무이행과를 건련시켜 동시이행을 하기로 특약한 사실이 없으면 상대방이 자기에게 이행할 채무가 있다 하더라도 동시이행의 항변권이 생긴다고 볼 수는 없는 것이다”¹⁴⁸⁾라고 판시하여, 기본적으로 동일한 쌍무계약에 의해 채무관계가 발생하여야 하고 그렇지 않고 다른 법률상 원인으로 인한 채무라면 각 당사자의 채무이행을 동시이행으로 한다는 특약이 있어야 동시이행의 항변권이 생긴다고 하였다.

따라서 동시이행을 한다는 특약이 있는 특별한 경우를 제외하고는, 그 요건으로 동일한 쌍무계약에 의해서 발생한 채무관계일 것을 요한다.

2. 채무들 상호간에 대가적 의미가 있을 것

동시이행의 항변권이 인정되기 위해서는, 동일한 쌍무계약을 원인으로 발생한 채무들이 상호간에 대가적 의미가 있어야 한다. 즉, 동일한 쌍무계약을 원인으로 발생한 채무들이라 하더라도 상호간에 대가적 의미가 없다면 동시이행의 항변권이 인정되지 않는다.

일반적으로 동일한 쌍무계약에서 발생한 주채무 상호간에는 대가적 의미가 있는 것으로 본다.¹⁴⁹⁾ 대표적으로 판례는 이와 관련하여, 부동산매매

148) 대법원 1989. 2. 14. 선고 88다카10753 판결.

계약에 있어서 매도인의 소유권이전등기의무와 매수인의 대금지급의무가 동시이행관계에 있는 대가적 의미를 가진 채무들이라고 판시하였다.¹⁵⁰⁾ 이에 반해 부수적인 채무는 기본적으로 대가적 의미가 있다고 볼 수 없으나, 당사자가 부수적인 채무의 이행을 주채무이행의 조건으로 삼는 경우에는 부수적 채무라 하더라도 동시이행관계의 성립이 인정된다.¹⁵¹⁾

따라서 동시이행의 항변권은 대가적 채무의 존재를 요건으로 하고 있으므로 한쪽의 채무가 소멸한 경우에는 당연히 동시이행의 항변권도 소멸한다고 보아야 한다. 그러나 판례는 채무자의 유책사유로 그 채무가 손해배상책임으로 동일성을 유지한 채 바뀌었다면, 여전히 동시이행의 항변권이 존속한다고 하였다.¹⁵²⁾ 또한 일방의 채권이 양도되거나 전부명령에 의해 이전되는 경우라 하더라도 그 동일성이 유지된다면 양수인에 대하여도 동시이행의 항변권은 여전히 존속한다고 본다.¹⁵³⁾ 그러므로 양 채무간의 대가적 의미를 판단함에 있어, 원채무가 본래 대가적 의미를 지니고 있었다면 원채무의 동일성을 유지한 채 다른 모습으로 변화하였다 하더라도 대가성이 인정되어야 할 것이고, 동일성이 유지되기 어렵거나 대가적 채무 중 일부가 소멸하였다면 그 대가적 채무의 존재 또한 소멸하여 동시이행의 항변권이 인정되기 어렵다고 보아야 할 것이다.

3. 채무들이 동시이행의 관계에 있을 것

보통은 동일한 쌍무계약에서 발생한 대가적 의미의 채무관계는 동시이행의 관계에 있다고 본다. 그러나 동일한 쌍무계약에서 발생한 대가적 의미의 채무관계임에도 불구하고, 동시이행의 관계가 인정되지 않는 특별한 경우도 있다. 이러한 경우에는 동시이행의 항변권이 인정되지 않는다.

149) 민법주해, 채권(6), 21면.

150) 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다12349 판결.

151) 민법주해, 채권(6), 22면.

152) 대법원 2000. 2. 25. 선고 97다30066 판결.

153) 김형배, 전제서, 151면.

예를 들어 앞의 판례와 같은 경우, 건물을 대상으로 하는 부동산 매매 계약을 한다고 하였을 때 매도인과 매수인 사이에는 매도인의 소유권이전등기절차이행의무와 매수인의 대금지급의무가 동시이행의 관계에 있다. 그러나 매수인의 대금지급의무의 내용이 계약체결 1달 후 선금을 지급하고 그로부터 1달 후 잔금을 지급하면서 소유권이전등기절차를 받는다는 내용으로 합의하여 계약을 하였다면, 사안에서는 매도인의 소유권이전등기절차 이행의무와 매수인의 잔금지급의무만 동시이행의 관계에 있을 뿐이며 선이행의무인 선금지급의무는 동시이행의 관계에 있다고 할 수 없다. 이와 같이 동일한 쌍무계약에서 발생한 대가적 의미가 있는 채무라 할지라도 양 채무의 동시이행의 관계가 인정되지 않으면 당사자들에게 동시이행의 항변권이 인정되지 않는다.

또한 쌍무계약을 체결한 당사자가 특약으로써 쌍무계약상 일방의 채무를 선이행의무로 정할 수도 있으며, 이러한 경우에도 동시이행의 관계가 인정되지 않아 선이행의무를 진 당사자에게는 동시이행의 항변권이 인정되지 않는다.¹⁵⁴⁾ 이러한 경우에 원칙적으로는 동시이행의 관계가 없기 때문에 양 당사자는 동시이행의 항변권을 주장할 수 없지만, 선이행의무있는 당사자가 자신의 채무를 이행하지 않고 있는 중에 상대방의 채무도 이행을 도과하여 양 채무 모두가 이행을 도과한 경우에는 예외적으로 동시이행의 항변권을 주장할 수 있다. 즉 쌍무계약임에도 불구하고 특약 등에 따라 양 당사자의 채무가 동일한 이행기의 채무가 아닌 선이행의무로 정해진 경우에는 동시이행의 항변권을 주장하지 못하는 상황이 있을 수 있으며, 그 후에 양 당사자가 각 채무의 이행기에 이행을 하지 않아 양 채무 모두 이행을 도과하게 된 경우에 한하여 그 때부터 양 당사자의 채무를 동시이행의 관계에 있다고 보고 있다.¹⁵⁵⁾ 그 외 여러 판례들

154) 민법주해, 채권(6), 23-24면.

155) 대부분의 판례는, 당사자에게 선이행의무가 있었으나 이를 지체하였고 후에 상대방의 이행기가 도래했음에도 불구하고 상대방이 이행을 하지 않아 지체하였을 경우, 양 채무를 동시이행의 관계에 있다고 보고 있다. 그러나 서울고등법원 1984. 7. 20. 선고 84나1479 판결은 이와 다르게, 양 당사자가 동시이행의 의무가 있었고 그 중 한 당사자만 후행채무가 있었을 때의 사안을 판시하고 있다. 이와 같이 양 당사자의 모든 채

또한 이와 동일하게 판시하고 있다.¹⁵⁶⁾

II. 상대방의 채무가 변제기에 있을 것

민법 제536조 제1항 단서는 상대방의 채무가 변제기에 있지 아니한 경우에는 동시이행의 항변권이 발생하지 않는다고 규정하고 있다. 앞서 살펴본 선이행의무의 경우와 같이 동일한 쌍무계약에서 발생한 채무관계라 하더라도 그 채무의 변제기가 동일하지 않을 수 있기 때문이다. 따라서 당사자 자신의 채무가 변제기에 도달하였다고 하더라도 상대방 채무가 변제기에 도달하지 않았다면, 당사자는 동시이행의 항변권을 주장할 수 없다.

또한 선이행의무 있는 자가 채무를 선이행하지 않고 있는 중에 상대방의 채무가 변제기에 도달하게 되어 양 채무 모두 변제기에 도달하게 된 경우, 판례¹⁵⁷⁾와 다수설¹⁵⁸⁾은 이행지체를 하였음에도 불구하고 선이행의무자는 동시이행의 항변권을 갖는다고 하여 이행지체한 선이행의무자에게

무가 후행채무의 이행을 초과할 때까지 지체하였을 경우, 양 당사자의 모든 채무는 동시이행의 관계에 있다고 보았다.

서울고등법원 1984. 7. 20. 선고 84나1479 판결.

“매매계약에 의하여 매수인의 중도금지급의무와 매도인의 등기소요서류교부의무가 동시이행관계에 있었다 하더라도 쌍무계약에 있어서는 특단의 사정이 없는 한 그 어느 쪽의 의무도 이행됨이 없이 잔대금지급기일까지 경과하였다면 그 이후부터는 매수인의 중도금 및 잔대금 지급의무는 그 전부가 매도인의 등기소요서류교부의무와 동시이행관계에 서게 된다.”

156) 대법원 1980. 4. 22. 선고 80다268 판결; 서울고등법원 1984. 7. 20. 선고 84나1479 판결; 대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카1029 판결; 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다19930 판결; 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다43107 판결; 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다54604·54611 판결; 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다13754·13761 판결; 대법원 2001. 7. 27. 선고 2001다27784·27791 판결; 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다577 판결.

157) 대법원 2001. 7. 27. 선고 2001다27784·27791 판결.

158) 강봉석, 전게서, 50-51면; 박윤직, 전게서, 63면; 김주수, 전게서, 105면; 김형배·김규완·김명숙, 전게서, 1236면; 이은영, 전게서, 156면; 송덕수, 전게서, 79면; 지원림, 전게서, 1346면; 민법주해, 채권(6), 30면; 주석민법, 채권각칙(1), 제4판, 376-378면.

도 동시이행의 항변권을 인정하고 있다. 이와 같은 점을 살펴볼 때, 동시이행의 항변권의 요건으로서 변제기의 도래의 의미는 채무의 변제기가 처음부터 동일한 것만을 인정하겠다는 취지가 아니며, 단지 당사자가 항변권을 행사할 때 상대방의 채무가 변제기에 있을 것을 요한다는 의미로 파악할 수 있다. 즉 민법 제536조 제1항 단서의 요건은 상대방이 가지고 있는 기한의 이익을 존중해주는 것이고, 동시이행의 항변권을 주장하기 위해서는 양 채무의 변제기가 동일해질 것을 요구하고 있는 것이라고 볼 수 있다.

이러한 민법 제536조 제1항의 상대방의 채무가 변제기에 있을 것이라는 요건의 예외로 대표적인 것은 제536조 제2항이다. 제536조 제2항은 “당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 본문과 같다”라고 정하므로, 일정한 요건에서 선이행의무가 있는 당사자에게 상대방의 채무이행의 변제기가 도래하지 않았음에도 불구하고 동시이행의 항변권의 행사를 할 수 있도록 인정하고 있다. 다만 그 요건으로, “상대방의 이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때”라고 규정하고 있으며, 이러한 사유는 당사자 쌍방의 사정을 종합하여 판단하여야 한다고 판례가 판시하고 있다.¹⁵⁹⁾ 이와 같이 상대방의 이행이 곤란한 현저한 사유가 있는 때에는 변제기의 도래와 관계없이 당사자에게 동시이행의 항변권이 인정되는데, 이를 우리 민법에서는 “불안의 항변권”이라 한다.

따라서 민법 제536조 제1항 단서는 일반적으로 동시이행의 항변권이 인정되기 위한 요건으로 “상대방의 채무가 변제기에 있을 것”을 정하고 있지만, 제536조 제2항 불안의 항변권의 요건에 충족하는 일정한 경우에는 상대방의 채무가 변제기에 있어야 한다는 요건은 배제된다고 볼 수 있다.

159) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카24335 판결; 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001다833 판결; 대법원 2003. 5. 16. 선고 2002다2423 판결; 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다24106·24113 판결; 대법원 2005. 6. 24. 선고 2005다17501 판결.

Ⅲ. 상대방이 자기의 채무를 이행하지 않고 당사자에게 이행을 청구 할 것

민법 제536조 제1항은 명문으로 “상대방이 그 채무이행을 제공할 때 까지 자기의 채무이행을 거절 할 수 있다”라고 규정하고 있으므로, 상대방이 자기의 채무를 이행하지 않고 당사자에게 이행을 청구한 경우에만 동시이행의 항변권이 인정된다. 따라서 쌍무계약의 이행기가 도래하여 상대방이 자기의 채무를 이행하였을 경우에, 당사자는 동시이행의 항변권을 행사할 수 없으며 오히려 그 때부터 당사자 자기의 채무를 이행할 때까지 그 이행지체에 대한 지체책임을 진다.

하지만 상대방이 자기의 채무를 이행하였으나 그 채무의 이행이 불완전한 이행인 경우에는, 그 채무의 성격이 가분인지 불가분인지에 따라 항변권의 인정여부가 달라지며, 이는 공평의 원리와 신의칙에 따라 해결하여야 한다.¹⁶⁰⁾ 따라서 상대방이 자기의 채무를 이행하였으나 불완전한 이행일 경우, 그 채무의 성격이 가분채무라면 불완전이행을 한 그 채무의 부분에 한하여 당사자가 동시이행의 항변권을 주장할 수 있다.

그러나 그 채무의 성격이 불가분인 경우에 학설이 나뉘어 진다. 제1설로 불이행 또는 불완전 채무의 중요도에 따라 불완전 부분이 중요하면 급부전체에 대하여 동시이행의 항변권을 인정하고 중요하지 않으면 동시이행의 항변권은 인정되지 않는다는 학설과,¹⁶¹⁾ 제2설로 원칙적으로 불완전한 이행의 경우 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다고 보는 것이 타당하다고 하는 학설이 있다.¹⁶²⁾ 후자의 학설과 같이 불가분채무에서의 불완전이행의 경우에는 동시이행의 항변권을 행사할 수 없다는 입장의 판례가 존재하긴 하지만,¹⁶³⁾ 대부분의 판례의 경우에는 공평과 신의칙의 입장에

160) 박윤직, 전계서, 64면.

161) 박윤직, 전계서, 64면; 오시영, 전계서, 127면.

162) 민법주해, 채권(6), 32면; 지원립, 전계서, 1345면.

163) 대법원 1973. 12. 11. 선고 73다1000 판결.

서 동시이행의 항변권의 인정여부를 판단하고 상대방의 불완전한 이행으로 인해 그 전부에 대해 당사자에게 동시이행의 항변권을 인정하는 것이 공평과 신의칙에 어긋나는 경우에 한하여 당사자에게 동시이행의 항변권을 인정하지 않는 것으로 판시하고 있다.¹⁶⁴⁾

IV. 소결

민법 제536조 동시이행의 항변권이 인정되기 위해서는 동일한 쌍무계약에 의한 상호 대가적인 채무들이 동시이행의 관계에 있을 것, 그 상대방의 채무가 변제기에 있을 것과 상대방이 자기의 채무를 이행하지 않고 당사자에게 이행을 청구 할 것이라는 요건을 갖추어야 한다. 위에서 살펴본 이러한 요건들은 채무의 성격에 관하여 초점이 맞추어진 요건들이다.

그러나 동시이행의 항변권의 인정과 관련하여, 여러 다른 상황도 고려할 필요가 있다. 바로 당사자 중 지체자가 있는 경우, 그 지체자가 계약 상대방에 대하여 동시이행의 항변권을 주장할 수 있는지에 대한 문제가 그 중 하나이다. 예를 들어 당사자의 선이행의무 지체 중에 상대방의 채무 이행기가 도래하여 동시이행관계에 있게 된 경우에 당사자는 상대방의 채무가 이행되지 않았음을 이유로 상대방에게 동시이행의 항변권으로 대항할 수 있는가의 문제와, 당사자가 채무이행을 하였으나 상대방이 이를 수령하지 않은 수령지체의 경우에 수령지체자는 동시이행의 항변권을 주장할 수 없음이 당연하나 당사자가 채무이행을 하다가 이를 중단한 경우에 수령지체자가 당사자에 대하여 동시이행의 항변권을 주장할 수 있을 것 인가의 문제가 그 예이다.

164) 대법원 1999. 11. 12. 선고 99다34697 판결.

“판례는 공평의 관념에 따라, 임차인이 금326,000원이 소요되는 전기시설을 원상회복하지 않고 임대인에게 건물의 명도를 이행한 경우, 임대인이 이를 이유로 금125,226,670원의 잔존 임대차보증금 전액의 반환을 거부할 동시이행의 항변권이 없다고 하였다.”; 같은 취지의 판례, 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결.

따라서 앞서 살펴본 동시이행의 항변권의 성립 요건과는 별개로, 당사자 중 지체자가 있는 경우에 그 지체자에게도 동시이행의 항변권이 인정되는 지에 대하여 제3절로 나누어 살펴보려고 한다.

제 3 절 지체자의 동시이행의 항변권

민법 제536조 동시이행의 항변권이 인정되기 위한 성립 요건을 제2절에서 살펴보았다. 이에 더하여 제3절에서는 동시이행의 항변권이 인정되기 위한 쌍무계약의 당사자의 상황은 어떠해야 하는지 살펴보려 한다. 이와 관련하여 지체자의 경우에도 계약상대방에 대하여 동시이행의 항변권을 주장할 수 있는지에 대한 학설과 판례를 살펴보기로 한다.

쌍무계약에서 나타날 수 있는 지체의 모습은 두 가지로 정리 할 수 있다. 당사자 약정 등으로 선이행의무 있는 자가 선이행의무를 이행하지 못한 경우를 이행지체라 하고, 당사자 일방이 채무의 이행을 하고 상대방이 이를 수령해야 할 의무가 있는 관계에서 상대방이 수령하지 않은 경우를 수령지체라 한다. 이와 같은 지체가 있는 경우, 지체자들이 계약 상대방에 대하여 동시이행의 항변권으로 대항할 수 있는 지에 대하여 의문이 있게 된다.

I. 긍정설

긍정설은 지체자임에도 불구하고 동시이행의 항변권을 인정하여야 한다는 입장이며, 이러한 긍정설이 현재의 다수설이다.¹⁶⁵⁾ 그 이유는 동시이행

165) 강봉석, 전게서, 50-51면; 박윤직, 전게서, 63면; 김주수, 전게서, 105면; 김형배·김규완·김명숙, 전게서, 1236면; 이은영, 전게서, 156면; 송덕수, 전게서, 79면; 지원립, 전게

의 항변권은 쌍방이 채무이행을 함에 있어서 동시이행의 항변권을 행사함으로써 자기의 채무이행을 담보하는 것을 그 본질로 삼고 있기 때문이다.¹⁶⁶⁾

수령지체에 있어서 당사자가 채무 이행을 하였으나 그 이행의 제공을 중단하게 되면 수령지체한 상대방은 동시이행의 항변권을 주장할 수 있다고 한다. 따라서 수령지체자가 동시이행의 항변권을 주장할 수 없게 하려면, 이행제공을 계속하거나 이행제공의 계속으로 볼 수 있는 공탁 등이 필요하다.

또한 이행지체에 있어서 당사자가 선이행의무를 지체하였다 하더라도 후에 상대방의 이행기가 도달하였다면 선이행의무를 지체한 당사자에게도 동시이행의 항변권이 인정되어야 한다. 만약 지체한 당사자에게 동시이행의 항변권을 인정하지 않는다고 한다면, 계약 상대방의 이행청구에 따라 당사자 자신의 채무이행을 담보할 수 없게 되는 부당한 결과가 발생하기 때문이다.¹⁶⁷⁾

따라서 이행지체임에도 불구하고 동시이행의 항변권이 인정되어야 하는 이유는, 선이행의무자가 자신의 선이행의무를 지체하여 동시이행의 항변권을 갖지 못한다고 한다면 계약 상대방에게 대항할 수 없어 자기의 채무이행의 담보를 잃게 되는데 이는 부당하기 때문이다.¹⁶⁸⁾ 또한 수령지체의 경우에도 동일하게 수령지체를 한 지체자가 계약 상대방에 대해 자기의 채무이행의 담보를 잃게 되는 부당한 결과가 발생하기 때문이다. 이러한 결과는 동시이행의 항변권을 인정하는 취지와도 맞지 않으며, 또한 거래의 신속과 소송경제를 고려하여 볼 때도 지체자에게 동시이행의 항변권을 인정하여야 한다고 본다.¹⁶⁹⁾

서, 1346면; 민법주해, 채권(6), 30면; 주석민법, 채권각칙(1), 제4판, 376-378면; 오문기, 전개논문, 150-151면.

166) 김형배·김규완·김명숙, 전게서, 1229면; 민법주해, 채권(6), 20면; 남효순, “동시이행관계의 본질 및 내용”, 344면.

167) 정옥태, 전개논문, 70면.

168) 이은영, 전게서, 156면.

169) 강일원, “동시이행의 항변과 이행지체로 인한 손해배상”, 민사재판의 제문제 제9권, 1997, 298면; 주석민법, 채권각론(1), 제4판, 377면.

II. 부정설

부정설은 지체자에게 동시이행의 항변권을 인정하지 않아야 한다고 보는 학설이다. 부정설에 따르면, 선이행의무가 있는 당사자가 자기의 선이행의무를 하지 않은 때 당사자는 동시이행의 항변권을 주장할 수 없으며, 후에 상대방의 이행기가 도래하여도 동시이행의 항변권을 주장할 수 없다고 본다.

이러한 부정설은 지체한 상대방이 자신의 지체를 소멸함이 없이 계약 당사자에게 이행을 거절할 수 있도록 동시이행의 항변권을 인정하는 것은 공평의 법리에 어긋날 뿐만 아니라 계약충실의무에도 맞지 않는 점을 근거로 자신의 채무를 지체한 당사자에게 동시이행의 항변권이 인정되어서는 안 된다고 본다.¹⁷⁰⁾

III. 판례

판례는 긍정설의 입장을 취하고 있다. 판례는 예전부터 꾸준히 당사자가 자신의 이행을 지체한 자라 하더라도 동시이행의 항변권을 주장할 수 있다고 판시하였다.¹⁷¹⁾

최근 판례에서 양 당사자의 채무가 처음부터 동시이행관계였으나, 당사자만 채무이행을 하고 상대방은 수령지체자가 된 사안을 판시하면서, 기존의 긍정설 입장을 유지하여 지체한 상대방에게 동시이행의 항변권을 인

170) 김상용, “쌍무계약에서 변제의 제공을 한 후 이를 중지한 당사자의 상대방에 대한 이행지체를 원인으로 한 손해청구의 여부”, 법률신문 제2419호, 15면; 임성권, “동시이행관계와 이행지체에 관한 판례평석”, 법학연구(1999.12), 인하대학교 법학연구소, 206면.

171) 대법원 1972. 11. 14. 선고 72다1513 판결; 대법원 1993. 8. 24. 선고 92다56490 판결; 대법원 1995. 3. 14. 선고 94다26646 판결.

정하였다.¹⁷²⁾

또한 다른 판례에서는 선이행의무가 있는 당사자가 선이행의무를 지체한 경우에, “매수인이 선이행의무 있는 중도금을 지급하지 않았다 하더라도 계약이 해제되지 않은 상태에서 잔대금 지급일이 도래하여 그때까지 중도금과 잔대금이 지급되지 아니하고 잔대금과 동시이행관계에 있는 매도인이 소유권이전등기 소요서류가 제공된 바 없이 그 기일이 도과하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한, 매수인의 중도금 및 잔대금의 지급과 매도인의 소유권이전등기 소요서류의 제공은 동시이행관계에 있다 할 것이어서 그 때부터는 매수인은 중도금을 지급하지 아니한 데 대한 이행지체의 책임을 지지 아니하는 것이라 할 것이다”라고 판시하였다.¹⁷³⁾ 따라서 판례에 따르면, 선이행의무를 지체한 당사자라 하더라도 상대방의 채무이행기가 도래하면 그때부터 양 채무는 동시이행관계로 보아야 하며, 이에 따라 선이행의무를 지체한 당사자는 상대방에 대하여 동시이행의 항변권을 주장할 수 있다.

IV. 소결

민법 제536조의 공평과 신의칙에 관념에 입각하여 인정되는 권리이고, 또한 그 취지가 쌍무계약에서 상대방이 자기의 채무이행을 하지 않고 당사자에게 채무이행을 청구하였을 경우 당사자가 동시이행의 항변권을 주장함으로써 자기의 채무이행을 담보하는 것에 있음을 볼 때, 다수설과 판례와 같이 설령 지체자라 하더라도 동시이행의 항변권을 주장할 수 있어야 한다고 생각한다.

부정설의 근거에 따라, 계약을 충실하게 이행하지 않은 상대방을 보호

172) 대법원 2014. 4. 30. 선고 2010다11323 판결.

173) 대법원 1980. 4. 22. 선고 80다268 판결; 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다54604·54611 판결; 대법원 1990. 7. 9. 선고 98다13754·13761 판결; 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다577 판결.

해야 하는지와 민법 제536조에서 정하고 있는 내용을 살펴볼 때 그러한 반론에 대해 어느 정도 타당한 부분이 있다고 볼 수 있지만, 이러한 이유로 지체자에게 동시이행의 항변권을 인정하지 않아 자기의 채무이행을 담보할 수 없다고 한다면 동시이행의 항변권을 인정하는 근거인 공평과 신의칙에 어긋나는 결과가 발생할 것이고 또한 자기의 채무의 이행을 담보한다는 동시이행의 항변권의 인정취지에서도 어긋난다. 따라서 부정설의 입장과 같이 지체자에게 동시이행의 항변권을 인정하지 않는다면, 이는 지체자의 과도한 권리 박탈이며 과도한 책임을 묻는 것이라고 생각한다.

결론적으로, 계약 당사자가 지체자라 하더라도 일정한 경우 동시이행의 항변권을 인정하여야 한다는 긍정설이 타당하다 생각한다.

제 4 장 동시이행의 항변권과 지체책임의 법리

제 1 절 동시이행의 항변권과 지체책임

우리 민법 제536조에서 인정하는 동시이행의 항변권은 처음부터 이행기가 동일할 것을 요구하지 않기 때문에, 선이행의무에 따른 지체자가 나타날 수 있고 그 외의 동시이행의무에 따른 지체 등도 나타날 수 있다. 이러한 지체자들에게 동시이행의 항변권을 인정하여야 하는가에 대한 의문에 대해, 긍정설의 입장이 타당하다고 살펴보았다.

그렇다면 지체자들이 동시이행의 항변권을 행사하여 그 계약 상대방에게 대항하였을 때, 지체자의 지체책임은 어떻게 되어야 할 것인지에 대해 추가적인 의문이 생기게 된다. 이는 지체자에게 동시이행의 항변권이 인정되었다고 해서 지체책임 또한 필연적으로 면한다고 단순히 판단할 수는 없기 때문이다. 예를 들어 선이행지체의 경우, 선이행의무자가 중도금을 먼저 교부하고 이후 잔금을 교부하면서 건물의 소유권을 이전 받는다는 부동산매매계약이 있었을 때, 선이행의무자가 중도금채무를 이행하지 않음으로 상대방에게 중도금에 대한 과실 수취 불가와 같은 손해가 발생하게 된다. 또한 특정일에 양 당사자가 물건을 넘겨주면서 상대방에게 대금을 받기로 하는 동시이행관계를 설정하였는데, 그 특정일에 상대방이 대금을 준비하지 않는다면 물건에 대한 보관비용 등의 손해가 당사자에게 발생하는 경우의 예도 있다. 이러한 손해가 쌍무계약의 지체자로 인하여 발생했음에도 불구하고 지체자가 동시이행의 항변권을 주장할 수 있다는 단순한 이유만으로 지체책임을 면한다면 이는 공평하지 않아 보이기 때문이다.

따라서 동시이행의 항변권의 효력으로 더 이상 이행지체 책임을 지지 않는다고 보아야 할 것인지 또는 동시이행의 항변권의 발생과 관계없이 지체에 대한 책임을 진다고 보아야 할 것인지에 대해 생각해 볼 필요가

있다. 이러한 의문에 대하여, 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위해서는 당사자가 자기의 채무를 계속적으로 이행하여야 한다는 학설과 이와는 반대로 당사자가 자기의 채무이행을 한 번 하는 것으로 상대방에게 지체책임을 물을 수 있다는 학설이 대립하고 있다. 전자를 계속적 이행제공설이라 하며, 후자를 일시적 이행제공설이라 한다. 이에 대해 각 학설의 입장과 판례의 태도를 살펴보고자 한다.

I. 계속적 이행제공설

계속적 이행제공설은 지체를 한 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로, 당사자의 채무이행의 계속을 요구하는 학설이다. 계속적 이행제공설은 동시이행의 항변권의 효과로 인해 상대방에게 동시이행의 항변권이 발생한 때로부터 더 이상 당사자는 지체한 상대방에 대하여 지체책임을 물을 수 없다고 보기 때문에, 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로 당사자의 채무이행의 계속을 요한다.

따라서 상대방에게 이행지체책임을 묻기 위해서는 상대방이 가지고 있는 동시이행의 항변권을 소멸시켜야 하며, 이를 소멸시키기 위해서는 당사자가 자기의 채무 이행을 계속하여야 한다. 그 결과, 이행의무를 다하지 않은 상대방에게 지체책임을 묻기 위해 당사자는 자기의 채무이행을 계속하여 상대방의 동시이행의 항변권을 소멸시켜야 하며, 만약 당사자가 자기의 채무이행을 중단한다면 그 즉시 상대방에게 동시이행의 항변권이 발생하므로 상대방에게 지체책임을 묻지 못한다. 즉 상대방에게 지체책임을 묻기 위해 선행적으로 상대방의 동시이행의 항변권을 소멸시켜야 하므로 당사자는 채무이행을 계속하여야 한다고 보는 학설이 계속적 이행제공설이다.¹⁷⁴⁾

174) 박윤직, 전게서, 66면; 김형배·김규완·김명숙, 전게서, 1236면; 지원림, 전게서,

II. 일시적 이행제공설

일시적 이행제공설은 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위해 당사자가 자신의 채무를 한 번 이행하여 상대방이 지체에 빠지면 족하다고 본다. 이러한 일시적 제공설은 계속적 이행제공설에 대해, 자기의 채무이행을 다한 정당한 당사자에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로 자기의 채무이행을 계속하라고 요구하는 계속적 이행제공설의 입장은 공평의 관념에도 어긋나며 계약충실의무에도 맞지 않는다고 본다.¹⁷⁵⁾ 또한 계속적 이행제공설의 입장은 지체자가 지체책임에서 벗어나기 위해 자기의 채무이행을 하여야 한다는 민법의 지체의 법리에도 맞지 않다.¹⁷⁶⁾

따라서 당사자의 채무이행이 한 번 있었으면 상대방은 지체자가 되어 지체책임을 지고, 상대방이 이러한 지체책임을 면하기 위해서는 자기의 채무를 적극적으로 이행하여야 하며 지체로 인해 발생한 당사자의 손해를 배상하여야 한다고 한다.¹⁷⁷⁾ 결론적으로 일시적 이행제공설에 따르면, 쌍무계약의 계약당사자가 채무이행을 하여 상대방이 지체자가 된 경우에 동시이행의 항변권의 발생여부와 상관없이 지체한 채무와 관련하여서 지체자는 지체책임을 진다고 본다.¹⁷⁸⁾

III. 판례

1346-1347면; 주석민법, 채권각칙(1), 제3판, 297면.

175) 김상용, 법률신문 제2419호, 15면.

176) 남효순, “이행거절권능의 법률관계”, 112-113면.

177) 김상용, “쌍무계약에서 변제의 제공을 한 후 이를 중지한 당사자의 상대방에 대한 이행지체를 원인으로 한 손해청구의 여부<하>”, 법률신문 제2420호, 15면.

178) 윤진수, 민법기본판례, 홍문사, 2016, 378면.

1. 이행기가 동일한 경우, 이행제공에 대한 판례의 태도

판례는 기본적으로 계속적 이행제공설의 입장에 서서 판시하고 있다. 따라서 판례는 이행기가 동일한 양 채무의 경우, 이행기에 일방 당사자만 이행을 하여 계약상대방이 지체자가 된 때에, 당사자가 상대방에 대하여 지체책임을 묻기 위해 당사자의 채무이행제공을 계속 할 것을 요구하고 있다.¹⁷⁹⁾

[대법원 1999. 7. 9. 선고 98다13761 판결]

쌍무계약의 당사자 일방이 먼저 한 번 현실의 제공을 하고, 상대방을 수령지체에 빠지게 하였다 하더라도 그 이행의 제공이 계속되지 않는 경우는 과거에 이행의 제공이 있었다는 사실만으로 상대방이 가지는 동시이행의 항변권이 소멸하는 것은 아니므로, 일시적으로 당사자 일방이 의무의 이행제공이 있었으나 곧 그 이행의 제공이 중지되어 더 이상 그 제공이 계속되지 아니하는 기간 동안에는 상대방의 의무가 이행지체 상태에 빠졌다고 할 수는 없다고 할 것이고, 따라서 그 이행의 제공이 중지된 이후에 상대방의 의무가 이행지체 되었음을 전제로 하는 손해배상청구도 할 수 없다.

[대법원 1966. 9. 20. 선고 66다1174 판결]

쌍무계약의 당사자의 일방이 먼저 한번 현실의 이행의 제공을 하고, 상대방을 수령지체에 빠지게 하였다고 하더라도 이행의 제공을 계속하는 경우는 몰라도, 그렇지 않은 경우는 상대방은 과거에 한번 이행의 제공이 있었다는 사실만으로 반대급부에 대하여 동시이행의 항변권을 상실하지 않는다고 해석함이 상당하므로 (중략), 원고의 잔대금 채무이행의 현실의 제공이 이행기일에 한번 있었다하여도 변채의 공탁등 이행의 제공이 계속되지 아니한 이상, 피고의 동시이행의 항변권은 소멸

179) 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다13761 판결; 대법원 1966. 9. 20. 선고 66다1174 판결.

되지 아니하는 관계에 있으므로, 피고에게 동 부동산인도의 채무불이행의 책임을 돌릴 수 없다는 취지로 판시하여, 원고의 손해배상청구를 배척하였음은 정당하고..(후략)

2. 선이행의무지체에 있어서 이행제공에 대한 판례의 태도

판례는 상대방의 선이행의무의 이행이 없이 계약당사자의 채무가 이행기에 도달하게 되면 그때부터 지체 상대방은 선이행의무의 지체에 대한 책임을 지지 않는다는 입장을 취하고 있다. 판례가 이러한 입장을 취하는 이유는 선이행의무가 있음에도 불구하고 양 당사자의 채무의 이행기가 모두 경과하였다면, 그 이후부터는 선이행을 지체한 상대방의 선이행의무와 당사자의 이행의무가 동시이행관계에 선다고 보고 있기 때문이다.¹⁸⁰⁾

또한 당사자 간의 특약으로 상대방의 의무를 선이행의무로 하고 당사자의 의무를 후이행의무로 정한 경우라 하더라도, 쌍방채무 모두 이행지체가 되었다면 그 이후에는 양 이행의무가 모두 동시이행관계에 있다고 보아, 선이행 의무의 지체에 대한 책임을 지지 않는다고 판시하고 있다.¹⁸¹⁾

[대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다577 판결]

매수인이 선이행의무 있는 중도금을 지급하지 않았다고 하더라도 계약이 해제되지 않은 상태에서 잔대금 지급일이 도래하여 그 때까지 중도금과 잔대금이 지급되지 아니하고 잔대금과 동시이행관계에 있는 매도인의 소유권이전등기 소요서류가 제공된 바 없이 그 기일이 도과하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한, 매수인의 중도금 및 잔대금의 지급과 매도인의 소유권이전등기소요서류의 제공은 동시이행관계에 있다고 할 것이어서 그 때부터는 매수인은 중도금을 지급하지 아니한데 대한

180) 대법원 1980. 4. 22. 선고 80다268 판결; 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다54604·54611 판결; 대법원 1990. 7. 9. 선고 98다13754·13761 판결; 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다577 판결.

181) 대법원 1970. 5. 12. 선고 70다344 판결.

이행지체의 책임을 지지 아니하는 것이라 할 것이다.

[대법원 1970. 5. 12. 선고 70다344 판결]

쌍무계약에 있어서 당사자간의 특약으로 선행의무와 후행의무를 정한 경우에도 이 쌍방채무가 모두 이행지체가 되면 그 이후에 있어서는 동시이행관계에 있게 되므로 후행의무자는 선행의무자에 대하여 그 후에 있어서의 선행의무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 없다.

위의 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다577 판결에 대해 살펴본다면, 위사안은 부동산매매계약에 있어서 매수인이 선이행의무인 중도금지급의무를 하지 않은 상태에서, 매수인의 잔대금 지급과 매도인의 소유권이전등기서류제공의무의 이행기일이 양 당사자의 이행없이 도과한 경우이다. 이와 관련하여 판례는 매수인의 중도금 및 잔대금 지급의무와 매도인의 소유권이전등기서류제공의무가 동시이행관계에 있다고 보면서, 그때로부터 매수인은 자기의 선이행의무인 중도금지급의 지체에 대한 책임을 더 이상 지지 않는다고 판시하였다. 이와 비슷한 부동산매매계약 관련 판례들은 같은 이유로 동일한 결론을 내리고 있다.¹⁸²⁾

이와 반대로 매도인이 선이행의무를 지체한 경우에도, 위와 같은 이유로 같은 취지의 판결을 내렸다.¹⁸³⁾

[대법원 1988. 12. 6. 선고 87다카2739·2749 판결]

부동산의 매매계약에 있어 매도인이 선이행의무 있는 매매목적물의 일부를 명도하지 아니하였다 하더라도 계약이 해제되지 아니한 상태에서 잔대금지급기일이 도래하여 그때까지 잔대금이 지급되지 아니하고

182) 대법원 1980. 4. 22. 선고 80다268 판결; 대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카1029 판결; 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다19930 판결; 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다43107 판결; 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다54604·54611 판결; 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다13754·13761 판결; 대법원 2001. 7. 27. 선고 2001다27784·27791 판결; 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000다577 판결.

183) 대법원 1988. 12. 6. 선고 87다카2739·2740 판결.

잔대금과 동시이행관계에 있는 매도인의 그 소유권이전등기 소요서류가 제공된 바 없이 그 기일을 도과하였으면 매도인의 위 명도의무 및 소유권이전등기 소요서류의 제공과 매수인의 잔대금지급은 동시이행의 관계에 있다 할 것이므로 그때부터는 매도인은 위 매매목적물의 일부를 명도하지 아니한데 대한 이행지체의 책임을 지지 아니한다.

위와 같이 판례는 매도인이 선이행의무를 지체하고 있는 상태에도 양 당사자의 채무의 이행 없이 이행기가 경과하면 양 당사자의 모든 이행을 동시이행관계로 본다. 따라서 지체책임과 관련하여서 계약 당사자의 이행기까지 경과하게 되면 지체한 상대방에게 동시이행의 항변권이 인정되어, 계속적 이행제공설에 따라 당사자가 이행의 제공을 계속하여 지체한 상대방의 동시이행의 항변권을 무력화 시키지 않으면 상대방은 선이행의무에 대한 지체책임을 면한다고 본다.

제 2 절 지체책임을 인정하기 위한 이행제공의 정도

“제1절 동시이행의 항변권과 지체책임”에서 동시이행의 항변권과 관련한 상대방의 이행제공의 정도에 관하여 계속적 이행제공설과 일시적 이행제공설로 학설이 대립하고 있음을 보았다. 이에 대해 다수설과 판례는 계속적 이행제공설의 입장으로, 당사자가 자기의 채무이행을 계속하여 상대방이 동시이행의 항변권으로 대항할 수 없도록 한 후, 당사자는 상대방에게 지체책임을 물을 수 있다고 본다. 그렇다면, 계속적 이행제공설에서 말하고 있는 동시이행의 항변권을 발생시키지 않을 요건으로서 이행제공은 무슨 의미인지와 상대방에게 동시이행의 항변권을 발생시키지 않아 당사자가 지체책임을 물을 수 있는 정도로서의 당사자의 이행제공의 계속의 의미는 무엇인지에 대해 자세히 살펴볼 필요가 있다.

I. 이행제공의 계속의 의미

1) 다수설과 판례는 계속적 이행제공설의 입장으로, 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로 당사자의 채무이행의 계속을 요구하고 있다. 그 이유는, 지체를 한 상대방에게 동시이행의 항변권이 인정되면 지체저지효가 인정되어야 하기 때문에 상대방의 동시이행의 항변권의 소멸이 먼저 선행되어야 하고, 따라서 지체를 한 상대방에게 동시이행의 항변권을 소멸시키기 위해서는 당사자의 채무이행이 계속되어야 하기 때문이다. 이러한 근거에 따라, 당사자의 채무가 계속하여 이행되다가 중단되면 그 즉시 지체한 상대방에게 동시이행의 항변권이 발생하게 되고, 그 때부터 당사자는 상대방에게 지체책임을 묻지 못한다고 한다.¹⁸⁴⁾

2) 우리 민법에서 계속이라는 의미가 어떻게 쓰였는지 살펴보면 다음과 같다. 먼저 민법 제198조 점유계속의 추정에서의 계속의 의미가 나오며, 또한 민법 제639조, 제662조 등의 묵시적 갱신에서도 해당 계약이 끝났으나 당사자가 계속하여 사용수익이나 노무를 제공한 경우에서 계속의 의미가 등장하고, 제737조 관리자의 관리계속의 의무에도 계속의 의미가 등장한다. 그 외 여러 조문에서 계속의 의미가 사용되고 있다.

민법에서 보이는 계속의 의미, 특히 이행의 모습과 관련한 계속의 의미는 민법 제639조, 제662조, 제737조 등을 보았을 때, 이전에 한 이행을 후로도 변함없이 하는 것을 의미한다고 볼 수 있다. 즉 민법상 계속이란 시간적 개념으로, 이전과 변함없이 이행 등을 하는 것을 일반적으로 의미하고 있다. 다만 채무 이행의 모습이 시간상 계속되지 않았다고 하더라도, 일

184) 박윤직, 전거서, 66면; 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 1236면; 지원림, 전거서, 1346-1347면; 주석민법, 채권각칙(1), 제3판, 297면.

정한 사유에 의해 계속된 것으로 추정하는 민법 제198조와 같은 모습도 존재한다.

II. 판례에서 보이는 이행제공의 계속

이행제공의 계속과 관련하여서, 우리 민법에서 이행제공에 대해 일시적인 현상으로 규정하고 있기 때문에 그 의미가 명확하지 않다는 비판이 있다.¹⁸⁵⁾ 즉 지체를 한 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로 당사자가 자기의 채무이행을 계속하여야 하는데 이러한 채무이행의 계속의 의미가 민법상 불분명하다는 것이다. 실제로 민법 조문상 이행제공의 계속의 의미에 대한 규정을 찾아보기 어렵기 때문에, 판례가 어떠한 경우에 당사자가 자기의 채무의 이행을 계속하는 것으로 보는지에 대한 분석은 상당히 중요하고 필요한 작업이라고 생각한다. 그러므로 채무의 성격에 따라 판례가 어떠한 경우에 당사자에게 채무의 이행을 계속하였다고 인정하는지 분석해본다.

[대법원 1995. 12. 22. 선고 95다40397 판결]

쌍무계약에 있어서 일방 당사자의 자기 채무에 관한 이행의 제공을 엄격하게 요구하면 오히려 불성실한 상대 당사자에게 구실을 주는 것이 될 수도 있으므로 일방 당사자가 하여야 할 제공의 정도는 그 시기와 구체적인 상황에 따라 신의성실의 원칙에 어긋나지 않게 합리적으로 청하여야 할 것이다.

먼저 대법원 1995. 12. 22. 선고 95다40397 판결은 쌍무계약에 있어서 이행제공의 기준을 제시하고 있다.¹⁸⁶⁾ 쌍무계약에 있어서 일방 당사자의

185) 남효순, “동시이행관계의 본질 및 내용”, 348면.

이행의 제공을 엄격하게 요구하면 오히려 불성실한 상대방에게 구실을 주는 것이 될 수 있으므로, 일방의 당사자가 하여야 할 제공의 정도는 신의 성실에 맞게 합리적으로 정하여야 한다고 판시하고 있다. 따라서 쌍무계약 상 지체책임과 관련한 이행제공의 계속의 개념에 있어서도 동일하게 적용되어, 이행당사자의 채무이행의 정도는 완화된 이 이행제공의 정도를 계속하는 것이 이행제공의 계속의 의미로 볼 수 있을 것이다.

아래에서는 각 사안에 있어서 이행제공의 의미와, 그 이행제공의 계속의 의미를 분석한다.

1. 지참채무의 경우

지참채무란 채무자가 채권자의 주소지 또는 합의된 제3의 장소에서 이행하는 채무를 의미한다. 민법 제467조 제2항은 기본적으로 채권자의 현 주소에서 채무 변제할 것을 규정하고 있기 때문에, 일반적인 채무의 경우 특별한 사정이 없는 한 지참채무에 해당한다고 볼 수 있다.

지참채무에 있어서 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 이행제공의 계속의 의미를 알기 위해서는, 지참채무의 이행제공이 무엇인지에 대해 먼저 살펴보아야 한다. 따라서 지참채무에서 이행제공이 무엇인지를 먼저 판례를 통해 살펴보고, 나아가 어떠한 상황을 지참채무에 있어서 이행제공의 계속이라 볼 수 있는 지에 대해 살펴보고자 한다.

1) 부동산의 경우

[대법원 1996. 7. 30. 선고 96다17738 판결]¹⁸⁷⁾

186) 같은 취지의 판결, 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다5713 판결; 대법원 1992. 11. 10. 선고 92다36373 판결; 대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다6053 판결.

187) 같은 취지의 판결, 대법원 1970. 4. 14. 선고 69다1223·1224 판결; 대법원 1987. 1. 20. 선고 85다카2097 판결; 대법원 1992. 9. 22. 선고 91다25703 판결; 대법원 1992. 12. 14. 선고 92다3311 판결; 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다777 판결; 대법원 1996. 7. 30. 선고

매도인이 매수인을 이행지체에 빠뜨리기 위해서 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 현실적으로 제공할 필요까지는 없으나, 최소한 서류 등을 준비하여 두고 그 뜻을 매수인에게 통지하여 잔금지급과 아울러 수령하여 갈 것을 최고함을 요한다. 채권자의 주소지가 서울이고, 채무자는 부동산의 소재지에 거주하며, 등기소도 채무자의 거주지에 있어 채권자가 요구하기만 하면 언제든지 위 서류 등을 제공할 수 있는 등의 사정이 있다고 하더라도, 채권자를 이행지체에 빠뜨릴 수 있는 이행의 제공을 적법하기 하였다고 할 수 없고, 따라서 채무자의 해제권도 발생하지 않는다 할 것이다.

[대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다6053 판결]

부동산 매매 계약에서 매도인이 매수인을 이행지체로 되게 하기 위하여는 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 현실적으로 제공하거나 그렇지 않더라도 이행장소에 그 서류 등을 준비하여 두고 매수인에게 그 뜻을 통지하고 수령하여 갈 것을 최고하면 되는 것이어서, 특별한 사정이 없으면 이행장소로 정한 법무사 사무실에 그 서류 등을 계속 보관시키면서 언제든지 잔대금과 상환으로 그 서류들을 수령할 수 있음을 통지하고 신의칙상 요구되는 상당한 시간 간격을 두고 거듭 수령을 최고하면 이행의 제공을 다한 것이 되고 그러한 상태가 계속된 기간 동안은 매수인이 이행지체로 된다 할 것이다.

(1) 부동산매매에 있어서 이행제공의 의미

판례에 따르면, 부동산소유권이전등기와 관련하여 이행제공의 의미는 부동산소유권이전등기에 필요한 모든 서류들을 준비하여 상대방이 요구한다면 언제든지 이를 제공할 수 있는 상태에 있는 것과, 이에 더하여 상대방에게 수령최고할 것을 그 요건으로 보고 있다. 따라서 소유권이전등기

96다17738 판결; 대법원 2001. 7. 10. 선고 2001다3764 판결.

의무와 매매대금지급의무가 동시이행의 관계에 있을 경우 매수인에게 지체책임을 묻기 위한 매도인의 이행의 정도는, 소유권이전등기에 필요한 모든 서류를 준비하여 상대방이 언제든지 가져갈 수 있도록 준비하고 있고 이에 대해 수령 최고할 것을 의미한다. 이 때 판례는 매도인이 준비해야 할 서류에 대해 부동산매도용인감증명서, 등기필증, 인감도장, 매도증서, 위임장, 필요한 경우에는 가등기말소용서류, 근저당권말소용서류등을 준비하여야 한다고 한다.¹⁸⁸⁾ 하지만 매수인이 선이행으로 이행하여야 할 계약금을 지체하고 있을 경우, 후에 이행기가 도래하여 매수인에게 지체책임을 묻기 위한 매도인의 이행정도는 신의성실의 원칙에 따라 완화된 서류정도가 언제든지 이를 보완하여 소유권이전등기절차에 임할 수 있는 정도면 이행제공을 하였다고 본 판례도 있다.¹⁸⁹⁾

결과적으로 부동산매매에 있어서 매도인의 이행제공의 의미는, 언제든지 매수인이 요구하면 현실제공 할 수 있을 정도의 서류를 준비하는 것과 그 수령을 매수인에게 최고하는 것으로 볼 수 있다.

(2) 부동산매매에 있어서 이행제공의 계속의 의미

부동산매매의 소유권이전등기 의무에 있어서 위와 같은 이행제공의 의미를 토대로 이행제공의 계속의 의미를 생각해본다면, 다음과 같은 해석이 가능하다.

매도인이 이행제공의 계속하고 있다고 인정되기 위해서는, 첫 번째 요건으로 소유권이전등기와 관련된 모든 서류준비의 계속이 있어야 할 것이고, 이에 더하여 두 번째 요건으로 상대방에 대한 수령최고의 계속이 있어야 할 것이다. 하지만 소유권이전등기와 관련된 모든 서류준비의 계속의 의미는 서류를 준비하고 이를 보관하는 것으로 그 의미파악에 있어서 어려움이 크지 않으나, 반면 상대방에게 수령할 것에 대한 최고의 계속의

188) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다1562 판결.

189) 대법원 1995. 12. 22. 선고 95다40397 판결.

의미는 파악하기가 상당히 어렵다. 수령최고를 계속한다는 것이 매일매일 전화 등의 방법으로 최고하면 족하는 것인지 아니면 매시간마다 전화 등의 방법으로 수령을 최고하면 족하는 것인지 그 의미가 분명하게 나타나지 않기 때문이다.

이러한 점에 대해, 대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다6053 판결은 특별한 사정이 없으면 이행장소로 정한 법무사 사무실에 그 서류를 보관하여 언제든지 잔대금과 상환으로 그 서류를 수령할 수 있을 것을 통지하고 신의칙상 요구되는 상당한 시간 간격을 두고 거듭 수령을 최고하면 이행의 제공을 다한 것이 되고 그러한 상태가 계속되는 동안은 매수인이 이행지체로 된다고 판시하였다. 이 판례에 따르면, 이행장소에 그 서류를 보관하여 언제든지 서류를 수령할 수 있도록 하는 것을 소유권이전등기와 관련된 모든 서류에 대한 준비의 계속이라고 보고 있고, 신의칙상 요구되는 상당한 기간 간격을 두고 거듭 수령을 최고하는 것을 최고의 계속으로 보고 있다. 결론적으로 판례에 따른 이행제공의 계속의 의미는, 서류의 준비의 계속과 신의칙상 요구되는 상당한 기간 간격을 두고 거듭 수령최고를 계속 하는 것을 의미한다고 볼 수 있다.

2) 금전채무의 경우

(1) 금전채무에 있어서 이행제공의 의미

[서울고등법원 1977. 3.16. 선고 76나2960 판결]

원고의 이행채무가 지참채무로서 피고의 주소지에서 이를 지급하기로 약정한 경우 원고가 이행기일에 채무금을 지참하고 피고의 주소지를 방문하였으나 피고가 만나주지 아니하여 이를 지급하지 못하였다면 특단의 사정이 없는 한 이로써 현실의 채공을 한 것이라고 보아야 할 것이며 약정된 날짜 장소에 불참한 피고를 기다려서 까지 이를 지급하여야 할 의무가 있다고는 보여지지 아니한다.

서울고등법원 1977. 3. 16. 선고 76나2960 판결에서 금전채무의 이행을 하여야 하는 당사자가 이행기에 중도금을 지참하여 상대방의 주소지에 방문하면, 이를 현실의 제공을 한 것이라고 판시하였다. 따라서 금전채무에 있어서 이행제공의 의미는 이행기에 당사자가 금전을 지참하여 정해진 장소에 방문하는 것으로 족하다 할 것이며, 판례는 원고가 변제제공을 하였다고 볼 수 없다는 피고의 주장에는 이유가 없다고 하였으며 실제로 금전의 지급과 상관없이 금전채무의 이행을 한 것으로 판시하였다.

또한 금전채무의 이행을 당사자 간 합의 하에 계좌로 입금하기로 하였을 경우 이행의 의미가 무엇인가와 관련하여, 판례에 따르면 계좌와 관련하여 이행의 의미에 대해 채권자의 관리 하에 있어 즉시 인출할 수 있는 예금계좌에 채무자가 입금하여 그 예금계좌에 기재하도록 하는 행위라고 정리할 수 있다.¹⁹⁰⁾ 이를 바탕으로 예금계좌의 경우 당사자의 이행의 의미를 생각해본다면, 채권자의 계좌로 언제든지 입금 할 수 있는 준비를 해놓은 상태에서 채무자에게 최고하는 것을 의미할 수 있을 것이고 또는 제3의 계좌에 입금을 완료하고 언제든지 채권자의 관리 하에 둘 수 있도록 준비한 상태에서 최고하는 것을 의미한다고 볼 수 있을 것이다.

(2) 금전채무에 있어서 이행제공의 계속의 의미

금전채무에 있어서 이행제공의 의미가 금전을 지참하여 정해진 장소에 방문하는 것이므로, 이를 토대로 이행제공의 계속의 의미를 생각해본다면 당사자가 금전을 지참하여 정해진 장소에 방문하여 머무르고 있는 것 또는 방문을 계속적으로 하는 것으로 정리할 수 있다. 따라서 쌍무계약에 있어서 금전채무의 이행을 하여야 하는 당사자가 상대방을 지체자로 만들고 지체책임을 묻기 위해서 판례와 다수설이 요구하는 계속적 이행의 의미는, 금전을 준비하여 정해진 장소에 계속하여 방문하거나 방문하여 있

190) 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다7698 판결.

는 것을 의미한다고 볼 수 있다. 이를 완화하여 해석하여 당사자가 금전을 준비하여 언제든지 방문할 수 있음을 최고하는 것으로 본다고 하면, 이때의 최고의 계속은 판례에 따라 신의칙상 요구되는 상당한 간격을 두고 거듭 최고하는 것을 의미한다고 볼 수 있을 것이다.

금전채무를 계좌에 입금하는 경우에도 비슷하게 볼 수 있다. 이행제공의 의미가 계좌로 입금할 수 있는 준비를 해놓은 상태에서 최고하는 것이라 한다면, 이행제공의 계속의 의미는 준비를 해놓은 상태에서 최고를 계속하는 것이라 볼 수 있다. 이 때 최고의 계속의 의미는 대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다6053 판결에 따라 신의칙상 요구되는 상당한 기간 간격을 두고 거듭 최고하는 것을 의미한다고 보아야 한다. 또한 이행제공의 의미가 제3의 계좌에 입금을 완료하고 언제든지 그 계좌를 채권자의 관리 하에 둘 수 있도록 준비하여 상대방에게 최고하는 것으로 본다면, 그 최고의 계속의 의미 또한 앞의 판례와 그 의미를 같이 한다고 보아야 할 것이다.

따라서 위와 같은 판례들을 종합하여 금전채무의 경우 이행제공의 계속의 의미를 생각해보면, 부동산매매에서와 마찬가지로 a) 이행을 언제든지 할 수 있는 준비의 계속과 b) 최고의 계속을 요하고 있다. 금전·동산에 있어서 최고의 계속의 기준에 대해 판시한 판례는 아직 없으나 부동산매매의 경우의 판례에 따라 신의성실에 맞게 최고하여야 할 것으로 해석하는 것이 그 의미가 일치된다 생각한다.

2. 추심채무의 경우

추심채무란 채권자가 채무자의 주소지 또는 합의된 제3지에 와서 목적물을 추심하여 변제를 받는 채무를 말한다. 추심채무는 민법 제460조 단서에서 “그러나 채권자가 미리 변제받기를 거절하거나 채무의 이행에 채권자의 행위를 요하는 경우에는 변제준비의 완료를 통지하고 그 수령을

최고하면 된다”라고 규정하고 있으므로, 기본적으로 채권자의 추심행위가 필요하며 채무자는 채권자가 추심하러 온다면 언제든지 수령할 수 있는 상태에 놓아두고 채권자에게 수령을 최고할 것을 요하고 있다.

[예시]

갑과 을이 피아노를 매매하는 매매계약을 체결하였고, 갑이 을의 주소지로 와서 피아노를 수령하고 이와 동시에 수령 시에 매매대금을 을에게 주기로 하였다.

1) 추심채무에 있어서 이행제공의 의미

추심채무에 있어서 채무자의 이행제공의 의미는, 채권자가 추심하러 온다면 언제든지 수령할 수 있는 상태에 놓아두고 채권자에게 수령을 최고하는 것이다. 위의 예시에서 살펴본다면, 채무자의 이행제공은 피아노를 언제든지 수령할 수 있는 상태에 놓아두고 채권자에게 수령을 최고하는 것을 의미한다고 볼 수 있다.

2) 추심채무에 있어서 이행제공의 계속의 의미

추심채무의 이행제공의 의미를 민법 제460조 단서에 따라 그 의미를 정하고 이를 기초로 이행제공의 계속의 의미를 파악한다면, 쌍무계약상 지체책임과 관련한 이행제공의 계속의 의미는 그 물건을 수령할 수 있는 상태에 계속하여 두어야 하며 채권자에게 그 수령을 계속하여 최고하는 것으로 보아야 할 것이다. 위의 예시에서 채무자의 이행제공의 계속의 의미는, 채권자가 언제든지 피아노를 수령할 수 있는 상태에 계속하여 준비하여 두고 채권자에게 피아노를 수령하라는 최고를 계속적으로 할 것을 요구한다고 볼 수 있다. 이러한 경우 채권자의 채무자에 대한 최고의 계속의 의미는, 앞서 살펴본 판례에 따라 신의칙에 맞게 간격을 두고 최고하

는 것을 의미한다고 보아야 할 것이다.

Ⅲ. 소결

학설과 판례는 쌍무계약상 지체책임을 묻기 위한 요건으로 계속적 이행제공설의 입장으로 당사자에게 자기의 채무이행을 계속할 것을 요구하고 있다. 이는 상대방에게 지체책임을 묻기 위해서는 상대방이 가지고 있는 동시이행의 항변권을 소멸시켜야 하고, 동시이행의 항변권이 소멸되기 위해서는 당사자의 채무이행이 계속되어야 하기 때문이다. 그러나 채무이행의 계속이라는 개념은 우리 민법상 규정하고 있지 않고, 따라서 판례에서 실제로 채무이행의 계속을 어떻게 파악하였는지 살펴보아야 했다. 그러나 결론적으로 말하면, 판례에서 또한 이행제공의 계속이라는 개념의 의미는 명확하지 않다고 볼 수 있다. 이러한 계속적 이행제공설의 비판에 관하여는 뒤에서 자세히 살피기로 한다.

나아가 지체책임을 묻기 위한 요건으로 다수설과 판례의 입장인 계속적 이행제공설을 취한다면, 상대방의 지체책임을 이유로 계약을 해제하고 그 책임을 손해배상으로 묻는 경우와 관련하여 또 다른 문제가 발생하게 된다. 계약해제와 지체책임을 문제와 관련하여서는 다음 절인 “제3절 계약해제를 인정하기 위한 이행제공”에서 이어서 살펴보기로 한다.

제 3 절 계약해제를 인정하기 위한 이행제공

우리 민법 제544조는 “당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간 내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다”라고 정하고 있다. 이에

따르면 계약 상대방의 채무이행의 지체를 이유로 당사자는 계약을 해제할 수 있다. 따라서 동시이행관계가 있는 쌍무계약에서도 계약 당사자가 자기의 채무를 이행하여 상대방을 지체자로 만든 후에 당사자는 상대방의 지체를 원인으로 계약해제권을 갖는다.¹⁹¹⁾ 다만 쌍무계약에서는 계약을 해제하기 위한 요건으로서 계약 당사자의 이행제공이 필수적인 것이다.

그렇다면 쌍무계약에서 계약을 해제하기 위한 요건으로 인정되는 당사자의 이행제공은 어떠한지 살펴보는 것은 큰 의미가 있을 수 있다. 왜냐하면 우리 민법 제551조에서 상대방의 채무불이행을 원인으로 계약을 해제하였을 경우 지체한 상대방에 대하여 손해배상을 청구할 수 있도록 규정하고 있고, 그 결과 계약의 해제가 있는 경우 지체한 상대방에게 당사자는 손해배상으로 전보책임을 물을 수 있기 때문이다. 따라서 지체자에게 지체책임을 묻기 위해 계약을 해제하는 요건으로 동시이행의 항변권과 관련하여 당사자의 이행제공의 정도가 어떠한지 살펴보는 것은 의미가 있을 수 있다.

따라서 계약해제의 요건으로서 이행제공을 살펴보고, 이를 동시이행의 항변권의 지체책임에서의 이행제공의 정도와 비교하여 보고자 한다.

I. 계약해제의 요건으로서 이행제공

우리 민법은 계약 상대방이 그 채무를 이행하지 않는 경우에 계약 당사자에게 해제권을 인정하는 조문을 제544조에서 두고 있다. 민법 제544조의 내용에 따라, 상대방이 자기의 채무를 이행하지 아니한 때에 당사자는 그 이행을 최고하여야 하고 최고를 하였음에도 불구하고 상대방이 계속하여 채무를 불이행한다면 당사자는 계약을 해제할 수 있다. 이는 쌍무계약에서도 마찬가지이다.

191) 대법원 1965. 9. 7. 선고 65다1367 판결; 대법원 1980. 7. 8. 선고 80다725 판결.

이 때, 다수설과 판례는 계약을 해제하기 위해 당사자에게 자기의 채무를 이행할 것과 상대방에게 채무의 이행을 최고할 것을 요구하고 있다. 이러한 경우 당사자가 지체한 상대방을 상대로 계약해제권을 주장하기 위한 요건으로서 당사자 자기의 채무이행제공은 어떠해야 하는지 살펴보기로 한다.

1. 학설

이에 대해 학설은 계약을 해제하려는 당사자는 자기의 채무를 한 번 이행하므로 족하고 이행제공을 계속할 필요가 없다고 한다.¹⁹²⁾ 즉 해제권과 관련하여서, 당사자의 한 번의 채무이행과 동시에 상대방에게 채무의 이행을 최고하면 족하고, 그 최고기간 동안 상대방이 채무의 이행을 하지 않는다면 당사자는 상대방의 채무불이행을 이유로 계약을 해제할 수 있다고 본다.

2. 판례

판례는 기본적으로 학설과 동일한 입장을 취하고 있다.

1) 이행기에 일방의 당사자가 이행을 하였을 경우

판례는 이행기가 정해져 있는 쌍무계약에서 당사자에게 해제권을 인정하기 위해, 당사자는 한 번 이행제공을 하여 상대방을 이행지체에 빠뜨리면 족하고 더 이상 채무이행의 제공을 계속할 필요가 없다고 판시하였다. 다만 상대방이 최고기간 내에 이행할 수 있을 것을 대비하여, 언제든지 상대방의 이행을 수령하고 당사자 자기의 채무를 이행할 수 있는 정도의 준비를 요한다고 판시하였다.¹⁹³⁾

192) 박윤직, 전거서, 108면; 주석민법, 채권각칙(1), 제3판, 297면.

[대법원 1996. 11. 26. 선고 96다35590·35808 판결]

쌍무계약의 일방 당사자가 이행기에 한번 이행제공을 하여서 상대방을 이행지체에 빠지게 한 경우, 신의성실의 원칙상 이행을 최고하는 일방 당사자로서는 그 채무이행의 제공을 계속할 필요는 없다 하더라도 상대방이 최고기간 내에 이행 또는 이행제공을 하면 계약해제권은 소멸되므로 상대방의 이행을 수령하고 자신의 채무를 이행할 수 있는 정도의 준비가 되어 있으면 된다.

이와 관련하여 부동산매매계약 관례에서 당사자는 잔대금지급의무를 지체한 상대방에게 당사가 일정한 기간 내에 이행할 것을 최고하였으나 그 최고기간의 최종일에 당사자가 이행장소에 나타나서 상대방의 이행을 수령할 준비를 갖추지 않았다면, 이러한 경우 당사자는 계약을 해제할 수 없다고 보았다.¹⁹³⁾ 즉, 계약을 해제하기 위한 요건으로 상대방의 채무를 언제든 수령할 수 있고 당사자 자기의 채무의 이행을 언제든지 할 수 있는 정도의 준비를 요하고 있기 때문에, 최고기간의 최종일에는 변제 장소에 나가서 상대방의 채무이행을 수령하고 자기의 채무를 이행할 수 있을 정도로 준비하여야 계약해제권이 당사자에게 인정된다고 한다.

2) 양 당사자 모두 이행이 없이 이행기가 지나간 경우

193) 대법원 1982. 6. 22. 선고 81다카1283·1284 판결; 대법원 1996. 7. 30. 선고 96다17738 판결; 대법원 1996. 11. 26. 선고 96다35590·35808 판결.

194) 이와 관련하여 부동산매매계약에서 잔대금지급의무를 지체한 상대방에게 당사자가 일정한 시기로 그 이행을 최고하였으나 그 최고기간 최종일에 당사자가 이행장소에 나타나지 않은 사안으로, 대법원 1993. 5. 25. 선고 92다49430 판결.

“채권자가 채무자의 이행지체를 이유로 계약을 해제함에 있어 전제요건으로서 일정한 기간을 명시하여 이행을 최고한 경우 최고기간 내에 채무자의 이행 또는 이행의 제공이 없어 해제권이 발생하였다고 하기 위하여는 채권자로서는 채무자로부터의 이행일시에 관한 통지유무에 불구하고 적어도 그 기간의 최종일에는 변제의 장소에서 변제를 수령할 준비를 갖추어야 한다고 보는 것이 상당하고”라고 판시하여, 당사자가 자기의 채무의 이행할 수 있는 정도의 준비를 하지 않아 해제권이 인정되지 않는다고 보았다.

판례는 이행기가 도래하였으나 양 당사자 모두 채무의 이행이 없이 그 이행기를 초과한 사안에 있어서도 동일하게 파악하고 있다.

먼저 쌍무계약에서 양 당사자 모두 이행이 없이 이행기가 지나갔을 경우 특별한 약정이 없다면 그 계약은 이행기일의 약정이 없는 것이 되기 때문에 당사자 일방이 자기의 채무이행을 제공하고 상대방에 대해 채무이행을 최고하면 족하다고 관시하고 있으며,¹⁹⁵⁾ 또한 상대방에 대하여 최고가 있음에도 불구하고 채무이행이 없는 경우, 당사자는 법무사 등에게 위임하여 언제든지 교부할 준비를 하는 것으로 계약해제를 위한 이행행위를 한 것으로 보았다.¹⁹⁶⁾

[대법원 2007. 6. 15. 선고 2007다4196 판결]

쌍무계약인 부동산 매매계약에서 매도인이 매수인에게 지체의 책임을 지워 매매계약을 해제하려면 매수인이 이행기일에 잔대금을 지급하지 아니한 사실만으로는 부족하고, 매도인이 소유권이전등기신청에 필요한 일체의 서류를 상대방이 수령할 수 있을 정도로 준비하여 그 뜻을 상대방에게 통지하여 수령을 최고함으로써 이를 제공하여야 하는 것이 원칙이고, 또 상당한 기간을 정하여 상대방의 잔대금채무이행을 최고한 후 매수인이 이에 응하지 아니한 사실이 있어야 하는 것인데, 매수인이 계약의 이행에 비협조적인 태도를 취하면서 잔대금의 지급을 미루는 등 소유권이전등기서류를 수령할 준비를 아니한 경우에는 매도인으로서도 부동산 매도용 인감증명서를 발급받아 놓고 인감도장과 등기권리증 등을 준비하여 잔대금수령과 동시에 법무사 등에게 위임하여 소유권이전등기신청행위에 필요한 서류를 작성할 수 있도록 준비하였다면 이행의 제공은 이로써 충분하다고 할 것이다.

195) 대법원 2007. 6. 15. 선고 2007다4196 판결.

196) 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다5713 판결; 대법원 1992. 11. 10. 선고 92다36373 판결; 대법원 2007. 6. 15. 선고 2007다4196 판결.

3. 소결

쌍무계약의 해제와 관련하여서, 계약해제를 위한 당사자의 이행제공의 의미에 대해 학설과 판례는 일치하여 한 번의 이행으로 상대방을 지체에 빠뜨리고 그 후 해제를 위해서는 최고기간동안 이행준비의 계속을 요구한다. 이를 정리하면 다음과 같다.

1) 이행기의 정함이 있는 쌍무계약에서 당사자가 이행기에 자기의 채무를 이행하여 상대방이 지체자가 되었을 경우, 당사자는 상대방에게 이행을 최고한 그 기간에 자기의 채무이행을 신의성실하게 준비할 것을 요하고 있다. 즉 당사자가 상대방의 채무불이행을 이유로 계약을 해제하기 위한 요건으로, 당사자는 한 번 이행으로 상대방을 지체에 빠뜨릴 것과 이행의 최고기간 동안 이행의 준비를 할 것을 요한다.

2) 본래 이행기가 정해져 있는 쌍무계약이었으나 이행기에 양 당사자 모두 이행제공을 하지 않았을 경우 특별한 약정이 없다면 그 계약은 이행기의 약정이 없는 채무로 보며, 따라서 당사자 일방이 먼저 자기의 채무이행을 제공하고 상대방에게 채무이행을 최고하면 상대방은 이행지체에 빠지게 되며 그 최고기간 동안 상대방의 채무이행이 없으면 당사자는 계약을 해제할 수 있다. 즉 이행기가 도과한 채무의 경우, 당사자가 계약을 해제하기 위한 요건으로서의 이행제공의 의미는 한 번의 이행으로 상대방을 지체에 빠뜨릴 것을 의미하며 그 후 최고기간 동안 이행의 준비를 요한다.

3) 결과적으로 쌍무계약의 해제와 관련하여서 한 번의 이행제공과 이행최고를 통하여 계약해제권이 당사자에게 인정된다.

이러한 해제와 관련한 이행제공의 모습은 지체책임을 묻기 위한 일시적 이행제공설의 모습과 비슷하다. 일시적 이행제공설이 이행기에 당사자가

이행을 하였으면 상대방에게 지체책임을 물을 수 있고 이행기 이후에는 이행을 계속하지 않아도 된다고 보는데, 이러한 모습은 해제와 관련하여 상대방을 지체에 빠뜨리기 위해 일시적 이행으로 족하다는 점과 동일하기 때문이다. 다만 해제와 관련하여서는, 이행의 최고기간동안 당사자가 이행 준비를 하여야 할 뿐이다.

이에 반해 지체책임과 관련한 계속적 이행제공설은 이행기 이후에도 지체책임을 묻기 위해 당사자에게 이행의 계속을 요하는 것으로, 해제에서의 이행제공의 모습과는 그 차이가 크다고 할 것이다. 다만 대법원 1996. 11. 26. 선고 96다35590·35808 판결을 분석하면서 이행의 준비를 이행의 제공과 동일하게 보아 이를 계속적 이행의 모습으로 파악하려는 견해도 있으나,¹⁹⁷⁾ 판례를 살펴보면 “그 채무이행의 제공을 계속할 필요는 없다 하더라도”와 “자신의 채무를 이행할 수 있는 정도의 준비가 되어 있으면”라고 두 모습을 구분하여 판시하고 있으므로, 이행의 준비를 이행의 제공과 동일한 모습으로 취급하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

Ⅱ. 동시이행의 항변권의 지체책임에서 이행제공의 의미와의 비교

1. 지체책임에 있어서 이행제공의 정도

동시이행의 항변권과 관련하여 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로 당사자의 이행제공의 정도는 계속적 이행제공설로 다수설과 판례가 동일하게 이해하고 있다. 이러한 계속적 이행제공설에 따르면 지체한 상대방의 동시이행의 항변권을 소멸시켜야만 당사자가 상대방에게 지체책임을 물을 수 있기 때문에, 당사자는 채무이행의 계속으로 상대방

197) 송덕수, 채권법각론, 123면.

의 동시이행의 항변권을 계속하여 소멸시킬 것을 요구 받는다.

2. 계약해제에 있어서 이행제공의 정도

상대방이 채무불이행으로 인해 당사자가 계약을 해제하고자 할 때, 당사자에게 요구되는 이행제공의 정도는 일시적 이행제공설과 같은 모습이며 다만 최고기간 동안 이행준비를 요구한다. 이 또한 다수설과 판례가 동일하게 이해하고 있다.

따라서 계약 당사자가 한 번의 이행을 통해 상대방은 이행지체에 빠지게 되고, 이행지체에 빠지게 된 상대방의 동시이행의 항변권 여부와 관계 없이 지체를 이유로 당사자는 계약을 해제할 수 있다.

3. 판례에서의 비교

쌍무계약에서 지체자에게 지체책임을 묻기 위해 당사자에게 요구되는 이행제공의 정도와 지체를 이유로 계약을 해제하기 위해 당사자에게 요구되는 이행제공의 정도를 비교하기 위해, 부동산매매계약에 관한 동일한 사안을 두고 비교해보면 다음과 같다.

1) 동시이행의 항변권의 지체책임과 관련한 이행제공의 의미

쌍무계약상 동시이행의 항변권과 관련하여 지체자(매수인)에게 당사자(매도인)가 지체책임을 묻기 위한 요건으로 당사자의 이행의무인 소유권 이전등기서류 교부의 의미는 대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다6053 판결에서 찾아볼 수 있다.

[대법원 2001. 5. 8. 선고 2001다6053 판결]

쌍무계약에 있어서 당사자의 채무에 관하여 이행의 제공을 엄격하

게 요구하면 불성실한 상대방사자에게 구실을 주게 될 수도 있으므로 당사자가 하여야 할 제공의 정도는 그의 시기와 구체적인 상황에 따라 신의 성실의 원칙에 어긋나지 않게 합리적으로 정하여야 하는 것이며, 부동산매매계약에서 매도인의 소유권이전등기절차이행채무와 매수인의 매매잔대금 지급채무가 동시이행관계에 있는 한 쌍방이 이행을 제공하지 않는 상태에서는 이행지체로 되는 일이 없을 것인바, 매도인이 매수인을 이행지체로 되게 하기 위하여는 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 현실적으로 제공하거나 그렇지 않더라도 이행장소에 그 서류 등을 준비하여 두고 매수인에게 그 뜻을 통지하고 수령하여 갈 것을 최고하면 되는 것이어서, 특별한 사정이 없으면 이행장소로 정한 법무사사무실에 그 서류 등을 계속 보관시키면서 언제든지 잔대금과 상환으로 그 서류들을 수령할 수 있음을 통지하고 신의칙상 요구되는 상당한 시간 간격을 두고 거듭 수령을 최고하면 이행의 제공을 다한 것이 되고 그러한 상태가 계속된 기간 동안은 매수인이 이행지체로 된다 할 것이다.

위의 판례에서 볼 수 있듯, 매도인이 매수인을 이행지체에 빠지게 하기 위한 매도인의 이행제공의 정도는, 매도인이 소유권이전등기에 필요한 서류 등을 현실적으로 제공하거나 또는 그 이행장소에 서류 등을 준비하여 두고 매수인에게 수령 최고할 것을 요구하고 있다. 여기서 두 번째 요건인 최고와 관련하여, 그 서류 등을 계속하여 보관하면서 언제든지 수령할 수 있음을 통지하고 그 최고를 신의칙상 요구되는 상당한 시간을 두고 계속하여야만 매수인이 이행지체에 빠진다고 판시하고 있다. 따라서 판례에 따르면 매도인이 지체한 매수인에게 지체책임을 묻기 위해서 당사자는 자기의 이행제공을 계속하여야 하는데, 부동산매매계약에 있어서 매도인의 이행제공의 계속의 의미는 자기의 이행준비를 해놓은 상태에서 일정한 기간에 따라 매수인에게 최고를 계속하는 것이다.

2) 계약해제와 관련한 이행제공의 의미

매도인이 계약해제를 하기 위한 요건으로 이행제공의 의미는 지체책임을 묻기 위한 요건과는 차이가 있다. 이는 대법원 1987. 9. 8. 선고 86다카1379 판결에서 볼 수 있다.

[대법원 1987. 9. 8. 선고 86다카1379 판결]

쌍무계약은 부동산매매계약에 있어서는 특별한 사정이 없는 한 매수인의 잔대금 지급의무와 매도인의 소유권이전등기서류 교부의무는 동시이행관계에 있다 할 것이고 이러한 경우에 매도인이 매수인에게 지체책임을 지워 매매계약을 해제하려면 매수인이 이행기일에 잔대금을 지급하지 아니한 사실만으로는 부족하고 매도인이 소유권이전등기신청에 필요한 일절의 서류를 수리할 수 있을 정도로 준비하여 그 뜻을 상대방에게 통지하여 수령을 최고함으로써 이를 제공하고 또 상당한 기간을 정하여 상대방의 잔대금채무이행을 최고한 후 매수인이 이에 응하지 아니한 사실이 있어야 한다.

판례는 부동산매매계약에서 매도인이 매수인에게 지체책임을 지워 매매계약을 해제하려면 매수인이 이행기일에 잔대금을 지급하지 아니한 사실만으로는 부족하고 매도인이 소유권이전등기신청에 필요한 일절의 서류를 수리할 수 있을 정도로 준비하여 그 뜻을 상대방에게 통지하여 수령을 최고함으로써 이를 제공하고 상당한 기간을 정하여 최고하였으나 그 기간 동안 매수인이 응하지 않으면 매도인은 계약해제를 할 수 있다고 판시하고 있다. 따라서 판례에 따르면, 매도인이 매수인과의 부동산매매계약을 해제하기 위한 매도인의 이행은 소유권이전등기신청에 필요한 일절의 서류를 준비하여두고 한 번 이행하므로 상대방을 지체에 빠뜨리는 것이다.

4. 동시이행의 항변권의 지체책임의 요건으로서와 계약해제

의 요건으로서 이행제공의 의미의 차이

위의 판례는 부동산매매계약의 사안이지만, 앞서 살펴보았듯이 결과적으로 부동산매매계약이든 금전채무에 관한 계약이든 또는 계약상 발생한 채무가 지참채무이든 추심채무이든, 대부분의 사안에서 당사자가 자신의 채무를 이행하고 그것을 상대방에게 최고하는 것을 이행제공으로 보고 있다.

이행제공의 의미에 있어서 동시이행의 항변권과 관련하여 지체자에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로 당사자가 채무이행을 하고 상대방에게 최고를 신의칙상 맞게 계속할 것을 요하며, 계약해제를 위한 요건으로서는 당사자는 한 번의 이행과 최고를 요한다는 점에서 차이가 있다.

Ⅲ. 지체책임과 계약해제의 요건으로서 상이한 이행제공의 정도를 요구하므로 발생하는 문제점

계약 상대방이 자신의 채무를 지체하여 지체자가 되었을 때, 당사자가 지체한 상대방에게 지체책임을 물을 수 있는 방법은 두 가지가 있다. 한 가지는 계약을 유지하는 상태에서 상대방에게 지체책임을 물을 수 있는 방법이고, 나머지 한 가지는 계약을 해제하고 상대방에게 지체책임을 물을 수 있는 방법이다. 전자는 민법 제387조의 이행지체의 효과로 민법 제390조를 통해 손해배상을 청구 할 수 있는 방법이고, 후자는 민법 제544조의 계약의 해제로 민법 제551조를 통해 손해배상을 청구 할 수 있는 방법이다.

그러나 쌍무계약에서 동시이행의 항변권과 관련하여서 적용해 본다면, 전자의 경우에 지체자에게 지체책임을 묻기 위해 당사자는 자기의 채무이행을 계속할 것을 그 요건으로 보고 있으며, 후자의 경우 상대방의 이행

지체를 이유로 해제를 하고 손해배상을 묻기 위해 당사자는 자기의 채무를 한 번 이행할 것과 이행최고를 하면 족하다고 보고 있다.

예시에 따라 살펴보면 다음과 같다.

[예시]

매도인 갑이 매수인 을에게 자기의 소유의 건물A를 매도하는 부동산매매계약을 체결하였고, 2016. 9. 1.에 갑이 을에게 소유권이전등기에 관한 서류를, 을은 갑에게 매매대금을 넘겨주기로 하였다. 2016. 9. 1.이 되어 갑은 A에 관한 소유권이전등기에 관한 서류를 준비하여 이행하려 하였으나, 을은 2016. 9. 1.에 매매대금에 관한 이행을 하지 않았으며, 그 이후에도 계속하여 매매대금을 주지 않고 있다.

위와 같은 사안에서, 매도인 갑이 매수인 을의 지체로 인하여 손해가 발생하였다면 매도인 갑의 손해배상을 청구할 수 있는 방법은 다음과 같다.

1) 먼저 계약을 해제하지 않고 지체책임을 묻고자 하는 경우이다. 다수설과 판례에 따르면, 당사자가 자신의 채무이행을 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위해서는, 손해배상을 받는 시점까지 당사자는 소유권이전등기에 관한 서류 등을 준비하여두고 신의칙상 인정되는 기간 동안 최선을 계속적으로 하여야 한다. 그러나 당사자가 손해배상을 받기 전에 자신의 이행인 서류의 준비나 최고의 계속을 중단하면, 지체 상대방에게 동시이행의 항변권이 발생하여 당사자는 더 이상 지체자에게 지체책임을 물을 수 없게 된다.

이를 예시에서 살펴본다면, 갑이 을과의 매매계약을 해제하지 않고 지체책임을 묻기 위해서 갑은 A에 관한 소유권이전등기에 관한 서류를 준비하여 이행을 계속하여야만 을에게 지체에 대한 책임을 물을 수 있다. 따라서 2016. 10. 1.에 갑이 을에게 한 달에 대한 지체책임을 묻고자 한다

면, 갑은 2016. 9. 1.부터 10. 1.까지 자신의 이행의 준비와 최고를 계속하여야 한다.

2) 두 번째로, 당사자가 부동산매매계약을 해제하고, 그 후 지체에 대한 손해배상을 상대방에게 청구하는 경우가 있다. 이러한 경우에 다수설과 판례는 당사자가 소유권이전등기에 관한 서류 등을 준비하여두고 수령을 최고 하였을 때 그 최고기간 동안 상대방이 자신의 채무이행을 하지 않는다면, 당사자는 해제권을 행사할 수 있으며 해제 후에 이행지체로 인한 손해배상책임을 물을 수 있다. 당사자의 이행의 정도에 관하여 해제권이 인정되기 위한 요건으로 한 번의 채무이행으로 상대방을 지체에 빠뜨릴 것과 그 후 최고기간 동안 이행의 준비를 요구하고 있기 때문에, 상대방이 그 최고기간 동안 자신의 채무이행을 하지 않는 한 당사자는 계약해제와 상대방의 이행지체로 인한 손해배상청구가 가능하다.

위의 예시에서 살펴보면, 매도인 갑이 이행기인 2016. 9. 1.에 자신의 채무를 한 번 이행하고 매수인 을에게 9. 10. 까지 이행할 것을 최고하였으나 매수인 을이 채무이행을 하지 않은 경우, 그로부터 매도인 갑은 계약을 해제하고 매수인 을에게 지체에 대한 손해배상책임을 물을 수 있다.¹⁹⁸⁾

3) 결과적으로 이를 종합하여 보면, 쌍무계약의 당사자가 이행지체한 상대방에게 지체책임을 묻고자 하는 경우, 현재 우리 민법은 당사자에게 계약의 해제 전 후로 나누어 당사자에게 다른 이행의 정도를 요구하고 있다. 다시 말하면, 지체한 상대방에게 지체책임을 묻는 같은 행위임에도 불구하고 계약의 해제의 유무에 따라 당사자의 이행제공의 정도가 달라져야 한다고 보는 것이다.

198) 채무불이행에 의한 계약해제의 손해배상범위에 있어서, 과거는 이행이익배상을 인정하였으나(대법원 1962. 10. 18. 선고 62다550 판결), 최근에 들어서 신뢰이익배상을 인정하고 있다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2003다15501 판결; 대법원 2007. 1. 25. 선고 2004다51825 판결). 김용담 편집대표, 주석민법, 채권각칙(2), 한국사법행정학회, 제4판, 2016, 212-213면.

그러나 이는 우리 민법상 타당한 결과라고 생각되지 않는다. 우리 민법 제390조는 이행지체와 관련하여 지체자에게 손해배상을 묻기 위한 요건으로 단순히 상대방이 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때라 규정하고 있다. 또한 해제와 관련한 규정인 민법 제544조에서도 손해배상을 묻기 위해 계약을 해제할 요건으로 단순히 상대방이 채무를 이행하지 아니할 것과 최고기간 내에 이행하지 아니할 것을 요구하고 있으며, 민법 제545조에서는 정기행위의 경우 당사자는 상대방에 대한 최고를 하지 않고도 상대방의 채무불이행으로만 해제가 가능하다고 정하고 있다. 따라서 우리 민법에서는 지체한 계약 상대방에게 이행지체 책임을 묻기 위한 요건으로 계약의 해제의 전후로 구분하여 보지 않고 있으며, 두 경우 모두에 있어서 단순히 상대방이 이행기에 채무이행을 하지 아니할 것을 요구할 뿐이다. 즉 우리 민법에 따르면, 두 가지 경우 모두 지체한 상대방에게 당사자가 지체책임을 묻기 위한 요건은 지체한 상대방의 채무불이행뿐이며 다만 쌍무계약이기 때문에 상대방을 채무불이행에 빠지게 하는 당사자의 이행제공이 있으면 충분할 것인데, 계약의 해제 전 후에 따라 상대방의 채무불이행과 관계없이 당사자의 이행제공의 정도를 다르게 요구하는 것이 타당한지에 대해 의문이 있다.

제 4 절 이행제공의 의미에 대한 고찰

쌍무계약에서 동시이행의 항변권과 관련하여 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로, 다수설과 판례는 당사자의 이행제공의 정도로 계속적 이행제공설의 입장을 취하고 있다. 다수설과 판례가 계속적 이행제공설의 입장에서 당사자에게 이행제공의 계속을 요구하는 이유는, 상대방에게 동시이행의 항변권이 발생하면 그 효과로 지체저지효가 상대방에게 인정되게 되며 그 때부터 당사자가 지체책임을 묻지 못한다고 보기 때문이다.

이러한 이유로 당사자가 채무이행을 계속적으로 제공하여 상대방이 동시 이행의 항변권을 주장할 수 없게 되어야 비로소 상대방에게 지체책임을 물을 수 있게 된다고 본다. 그러나 이러한 계속적 이행제공설의 입장의 이행제공의 계속이라는 의미는 앞서 살펴보았듯이 그 의미가 불명확할 뿐 아니라 당사자에게 가혹한 요구일 수 있다. 따라서 이 절에서는 쌍무계약에서 동시이행의 항변권과 관련하여 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로 당사자의 이행제공의 의미에 관한 기존의 학설들을 검토한 후, 이행제공의 의미에 대해 어떻게 정의하는 것이 올바른 것인지에 대해 살펴보고자 한다.

I. 계속적 이행제공설에 대한 검토

1. 계속적 이행제공설의 법리

계속적 이행제공설은 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로 당사자의 채무이행의 계속을 요구하는 학설이다.¹⁹⁹⁾ 이러한 계속적 이행제공설은 지체한 상대방에게 동시이행의 항변권이 발생한 때로부터 그 동시이행의 항변권의 효과로 인해 더 이상 당사자는 상대방에게 지체책임을 물을 수 없다고 보기 때문이다. 따라서 당사자가 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위해서는 자기의 채무이행을 계속하여 상대방이 가지고 있는 동시이행의 항변권을 소멸시킬 것을 요구하고 있다. 위와 같은 계속적 이행제공설의 입장의 지체책임을 물을 수 있는 요건에 따르면, 당사자가 자기의 이행제공을 하였지만 이후 중단되는 경우에 지체한 상대방에게 그 즉시 동시이행의 항변권이 인정되므로, 당사자가 더 이상 상대방에게 지체책임을 묻지 못하는 결과가 발생한다.

199) 박윤직, 전거서, 66면; 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 1236면; 지원림, 전거서, 1346-1347면; 주석민법, 채권각칙(1), 제3판, 297면.

2. 계속적 이행제공설에 따른 지체책임을 묻기 위한 요건으로서 이행제공의 계속의 의미

계속적 이행제공설에 따르면 지체책임을 묻기 위한 요건으로 당사자의 채무이행 제공의 계속을 요구하고 있다. 계속적 이행제공설에 따르면 이행제공의 계속의 의미가 지체 상대방에게 동시이행의 항변권의 발생을 막기 위한 요건으로 요구되는 것인데, 실제로 그것이 무엇을 의미하는지에 대한 파악이 필요할 것이다. 따라서 이와 관련하여 자세한 의미를 파악하기 위해, 이러한 학설에 따라 실제 판례에서 무엇을 이행제공의 계속이라고 표현하였는지 살펴보아야 한다.

하지만 앞서 “제2절 지체책임을 인정하기 위한 이행제공의 정도”에서 살펴보았던 것처럼, 판례는 이행제공의 계속의 의미를 일반적인 경우 당사자가 자기의 채무이행을 언제든지 할 수 있는 정도의 이행 준비와 신의칙상 요구되는 일정한 시간의 간격에 의한 최고의 계속으로 보고 있다. 부동산매매계약과 관련한 판례에서 볼 수 있듯이 지체한 매수인에게 지체책임을 묻기 위한 매도인의 이행제공의 계속의 의미는, 소유권이전등기에 관한 서류 등을 언제든지 매수인이 요구하면 줄 수 있을 정도로 준비해놓고 매수인에게 수령을 신의칙에 맞는 시간의 간격으로 거듭하여 최고하는 것을 이행제공의 계속의 의미로 보고 있다. 또한 그 외의 지참채무의 경우에 당사자가 이행할 수 있는 준비를 하여 상대방의 주소지에 방문할 것을 이행제공으로 판시하고 있고, 이에 따라 이행제공의 계속의 의미는 이행할 수 있는 준비를 하여 상대방의 주소지에 거듭 방문하는 것이나 머물러 있는 것이라 유추할 수 있다.

결과적으로 계속적 이행제공설의 입장에서 지체 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 요건인 이행제공의 계속의 의미는, 당사자가 실제로 어떠한 행동을 계속할 것을, 예를 들어 최고의 계속이나 방문의 계속을 의미한다고 볼 수 있다.

3. 계속적 이행제공설에 대한 비판

지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로 당사자의 이행제공의 계속을 요구하는 계속적 이행제공설은 그 학설에 대한 비판과 실제 판례의 모습에 대한 비판을 피해가긴 어려워 보인다.

1) 계속적 이행제공설에 대한 학설상 비판

(1) 첫 번째로 계속적 이행제공설은 우리 민법상 지체의 법리와 일치하지 않는다. 우리 민법에 따르면, 자기의 채무이행을 하지 않음으로 지체자가 된 자가 자기의 지체책임을 면하기 위해서는 자신의 채무를 적극적으로 이행하여야 하고 지체로 인한 손해를 배상하여야 한다.²⁰⁰⁾ 이는 쌍무계약의 경우에도 동일하게 적용된다. 따라서 우리 민법은 이행지체에 빠진 상대방이 지체책임을 면하기 위해서는 지체한 상대방이 자신의 채무를 이행하여야 할 것을 요하고 있지만, 계속적 이행제공설은 지체책임에서 벗어나려는 지체자의 채무이행과는 전혀 관계없이 단지 계약 당사자의 이행제공의 상태에 따라 상대방의 지체책임을 달라지고 있다.²⁰¹⁾

(2) 두 번째로, 계속적 이행제공설과 같이 자기의 채무이행을 다한 당사자가 지체자인 상대방에게 지체책임을 묻기 위해 당사자 자기의 채무이행을 계속하여야 하는 것은, 공평의 관념에 맞지 않는 가혹한 요구이며 이는 계약충실의무에도 맞지 않는다.²⁰²⁾

2) 판례에 대한 비판

200) 김상용, 법률신문 제2420호, 15면; 남효순, “동시이행관계와 지체책임 (대법원 1995. 3. 14. 선고 94다26646 판결)”, 222-223면.

201) 김상용, 법률신문 제2420호, 15면.

202) 김상용, 법률신문 제2419호, 15면.

(1) 먼저 첫 번째, 판례는 쌍무계약에서 지체책임과 관련하여 어떠한 행위가 당사자의 채무이행의 계속에 해당하는지 판시한 판례가 거의 없기 때문에 판례에서 말하는 계속적 이행제공설의 입장에서 지체책임을 묻기 위한 당사자의 이행제공의 계속의 의미가 무엇인지 명확하게 알 수 없다. 따라서 이행제공의 계속의 의미를 파악하기 위해 판례에서 판시하고 있는 이행제공의 의미를 먼저 살펴보고, 그 의미에 기초하여 이행제공의 계속의 의미를 유추하여 볼 수밖에 없다.

(2) 두 번째, 판례가 말하는 이행제공의 의미에 기초하여 이행제공의 계속의 의미를 정했을 때, 그 이행제공의 계속의 의미가 불분명한 경우가 많으며 부당한 경우도 많다.²⁰³⁾

금전채무의 경우 당사자가 금전을 지참하여 정해진 장소에 방문하는 것을 이행제공이라고 보고 있으며, 따라서 이행제공의 계속의 의미는 금전을 지참하여 방문을 계속 할 것 또는 그 곳에 머물러 있을 것으로 그 의미를 유추할 수 있다. 그러나 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로, 금전을 준비하여 방문을 계속적으로 요구하는 것은 당사자에게 가혹한 일임이 명백하며 그 이행장소의 거리가 당사자의 주거지역에서 멀면 멀수록 이는 더더욱 가혹한 요구가 된다.

또한 앞서서 본 판례들에서 지참채무이든 추심채무이든 지체 후 공통적으로 나타나는 당사자의 이행제공의 계속의 의미는, 상대방이 언제든지 그 물건 등을 수령할 수 있는 정도의 계속적인 준비와 상대방에 대한 계속적인 수령 최고를 의미하는 것을 볼 수 있었다.

하지만 수령의 계속적인 최고의 의미가 불분명하며 이 또한 당사자에게 부당한 요건이다. 즉, 수령의 계속적인 최고가 매시간 마다 최고를 하여야 하는 것인지 매일 마다 최고를 하여야 하는 것인지, 무엇이 최고의 계속인지에 대해 그 의미가 명확하지 않다. 이와 관련하여서 판례는 신의칙상

203) 강일원, 전계논문, 306면.

요구되는 상당한 시간의 간격을 두고 수령을 최고하는 것이 최고의 계속이라 판시하고 있다. 이러한 계속의 의미에 대해 탄력적으로 해석하려는 모습은 민법 제198조의 점유계속의 추정에서도 나타나는 모습이기도 하다. 하지만 민법 제198조가 전후양시라는 명확한 기준을 두고 계속을 추정하는 모습과 다르게, 판례가 요구하는 신의칙상 요구되는 상당한 시간의 간격이라는 모습은 최고의 계속에 대한 명확한 기준이라 볼 수 없으며 오히려 신의칙이라는 확실치 않은 기준으로 당사자들이 더욱 불안에 빠지게 되는 기준이라 생각한다. 이러한 기준은 수령하여 갈 것을 최고한다 하더라도 그 최고가 신의칙상 타당한 최고인지 여부에 대한 결과가 결국 재판에서 결정될 것이기 때문에, 본인이 신의칙상 맞게 최고를 하였는지에 대해 명확히 알 수 없는 당사자는 불안한 상태가 계속 될 수밖에 없기 때문이다. 설령 신의칙상 요구되는 상당한 시간의 간격을 두고 수령을 최고하는 것의 의미가 명확하게 정해졌다고 할지라도, 정해진 시간의 간격을 두고 수령을 거듭 최고하는 것은 당사자에게 또 다른 의무를 추가적으로 부과하는 것으로서 당사자에게 부당하게 추가적인 의무를 더한 것이라 생각한다. 예를 들어 해외에 장기출장을 나가거나 개인사정에 의해 매도인이 거듭하여 최고를 하지 못하게 된다면, 그 즉시 지체한 상대방에게 지체책임을 물을 수 없게 되는 결과가 발생하기 때문이다. 따라서 당사자는 상대방에게 최고를 거듭하여 하여야 한다는 상당히 가혹한 의무를 지게 되는 위치에 서게 되는 것이며, 신의칙상 일정한 간격으로 거듭하여 최고할 것을 요구하는 것은 결국 명확한 기준이 없는 것과 같으므로 계약 당사자는 늘 불안한 지위에 서게 되는 결과를 발생시킨다.

(3) 세 번째, 이행제공의 계속의 의미가 실제로 이행되기 어려운 의미이거나,²⁰⁴⁾ 이행제공의 계속과 이행제공이 의미가 분명히 구분되지 않는 경우도 존재한다.

계좌 입금의 경우 채권자의 관리 하에 둘 수 있도록 하는 것이 이행제

204) 장일원, 전계논문, 306면.

공의 의미라고 할 때, 제3계좌의 계좌주인 제3자에 의해 불안한 상태가 언제든지 발생할 수 있으며 채무자의 계좌에 입금을 하고 채권자에게 후에 준다고 한 경우에도 동일한 문제가 발생하기 때문에 채권자의 관리 하에 둘 수 있도록 한다는 요건에 맞는 이행제공을 계속 하는 것은 어려워 보인다. 또한 주식채권의 경우에는 대리기관에게 모든 권한을 주어서 기준에 맞게 준비하고 언제든지 상대방이 가져갈 수 있는 상태에 두는 것을 이행제공의 의미로 보기 때문에, 이와 같은 경우에는 이행제공의 모습과 이행제공의 계속의 모습에 구분이 없다. 따라서 이러한 경우에는 이행제공의 계속의 의미를 파악하기가 무척 어려우며 그 의미를 파악하여 이행제공을 계속한다 하더라도 큰 의미를 가지기 어렵다.

3) 소결

위와 같이 계속적 이행제공설의 입장의 이행제공의 계속이라는 요건은, 우리 민법상 지체의 법리에 맞지 않을 뿐만 아니라 신의성실의 원칙에도 어긋나는 요건이라 볼 수 있다, 또한 판례에서도 이행제공의 계속이라는 모습이 정확히 나타나지 않아 그 의미가 불명확하며, 이러한 이행제공의 계속을 당사자에게 요구하면 오히려 당사자에게 가혹한 이행을 요구하는 것으로 부당한 결과가 나타난다.

II. 일시적 이행제공설에 대한 검토

1. 일시적 이행제공설의 법리

일시적 이행제공설은 지체자에게 지체책임을 묻기 위해서는 당사자가 자기의 채무이행을 한 번하여 상대방을 지체에 빠뜨리면 족하다고 보는 학설이다. 일시적 이행제공설은 다수설인 계속적 이행제공설을 비판하면

서,²⁰⁵⁾ 공평의 관념과 계약충실의무에 맞도록 이행제공의 의미를 한 번 하는 것으로 충분하다고 보며, 이러한 이행제공의 의미가 이행지체의 법리와도 일치한다고 주장한다.²⁰⁶⁾ 그 결과 일시적 이행제공설에 따르면, 상대방이 지체에 빠지고 난 후 그 지체책임에 대해서는 동시이행의 항변권의 발생과 상관없이 당사자가 지체책임을 물을 수 있다고 본다.

2. 일시적 이행제공설에 따른 지체책임을 묻기 위한 요건으로서 이행제공의 의미

일시적 이행제공설에 따르면 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위해서는 한 번 이행제공을 할 것을 요구하고 있다. 따라서 일시적 이행제공설은 당사자가 자기의 이행을 한 번 하는 것으로 지체한 상대방에게 지체책임을 물을 수 있다고 한다. 그 예시로 부동산매매계약에서 매도인의 경우를 생각해본다면, 매수인이 지체에 빠뜨려 그 지체책임을 묻기 위한 매도인의 이행제공의 정도는 소유권이전등기에 관한 서류 등을 준비하고 수령을 한 번 최고하는 것으로 족하다. 그 후 최고를 받은 매수인은 지체에 빠지게 되며 지체책임을 면하기 위해서는 자기의 채무이행을 적극적으로 하여야 하고 지체로 인한 손해가 있다면 이를 배상하여야 한다.

이를 종합해보면 일시적 이행제공설은, 채무의 이행을 상대방의 주소지에서 하기로 한 지참채무의 경우에 당사자는 이행할 수 있는 준비를 하여 한 번 상대방의 주소지에 방문할 것으로 족하다고 보는 것이고, 추심채무의 경우에 당사자의 주소지에서 이행을 할 수 있도록 준비하여 상대방에게 한 번 최고하는 것으로 족하다고 보는 것이다.

3. 일시적 이행제공설에 대한 비판

205) 김상용, 법률신문 제2419호, 15면.

206) 남효순, “이행거절권능의 법률관계”, 112-113면.

일시적 이행제공설에 따른 지체책임을 묻기 위한 요건으로서 이행제공의 의미를 당사자가 한 번 자기의 채무를 이행함으로써 족하다고 본다면, 계속적 이행제공설의 입장의 당사자에게 가혹하다는 점, 계속의 의미가 불명확하다는 점, 민법의 이행지체의 법리와 맞지 않다는 점, 공평의 관념과 계약충실의 원칙에 맞지 않다는 점 등에 대한 비판을 피할 수 있게 된다. 그러나 일시적 이행제공설에 따른 이행제공의 의미와 관련해 비판점이 전혀 없는 것은 아니다.

일시적 이행제공설은 당사자가 이행제공을 한 번 하면 지체한 상대방이 계속하여 지체에 빠지는 것으로 보기 때문에, 상대방에게 지체가 성립한 후에는 이행제공을 계속할 필요가 없다고 보고 있다.²⁰⁷⁾ 즉, 이행지체를 묻기 위한 요건으로서 일시적 이행제공설의 이행제공의 의미에 따라 당사자는 자기의 채무이행을 한 번하는 것으로 족하기 때문에, 당사자가 한 번 이행하여 상대방을 지체자로 만들고 난 후에는 당사자의 채무이행의 모습에 대한 더 이상 제한이 없다. 일시적 이행제공설은 당사자의 한 번 이행이 있고 난 후의 당사자의 이행에 대해서는 침묵하고 있기 때문이다. 예를 들어 부동산매매계약에서 매도인의 이행제공의 경우, 소유권이전등기서류 등을 준비하여 상대방에게 한 번 최고하여 상대방이 지체에 빠지게 된 후 부터는 매도인의 소유권이전의무에 대한 이행의 모습에 제한이 없기 때문에, 소유권이전등기서류를 더 이상 준비하지 않아도 되고 유효기간이 정해져 있는 인감증명서 같은 경우 그 유효기간이 지나버려도 매도인은 그 서류를 다시 준비하거나 갱신하여야 하는 의무가 없는 것이다.

그러나 이와 같이 당사자의 채무에 대해 아무런 제한이 없는 것은 쌍무계약의 모습에 어긋나 보인다. 쌍무계약은 양 당사자 간의 채무가 동시에 이행이 될 것을 가정하여 동시이행의 항변권을 인정하고 있기 때문에, 당사자 일방만이 이행제공을 하였고 상대방은 이행제공을 하지 않았을 경우에 지체책임을 인정하려는 것이고, 양 당사자 모두 이행을 하지 않았을 경우에는 동시이행의 항변권에 따라 지체책임이 발생하지 않는다고 보아

207) 남효순, “동시이행관계의 본질 및 내용”, 347면.

야 하기 때문이다. 따라서 이행을 한 당사자가 시간이 지남에 따라 이행을 하지 않은 것과 같은 모습이 되었음에도 불구하고 당사자가 이행을 한 것이라고 간주하여 상대방에게 계속하여 지체책임을 물을 수 있도록 하는 것이 타당한 결과인지에 대해서 의문이 제기된다.

이러한 문제점을 살펴볼 때, 당사자에게 한 번 이행제공만을 요구하고 있는 일시적 이행제공설의 입장은 계속적 이행제공설의 입장과는 정반대로 당사자에게 자기채무에 대한 과도한 자유를 부여한 것이 아닌가라는 비판이 있을 수 있다.

Ⅲ. 사건으로서의 일시적 이행제공설

쌍무계약에서 지체한 상대방에게 지체책임을 묻고자 할 때, 당사자의 이행제공의 정도에 대해 계속적 이행제공설과 일시적 이행제공설이 대립하고 있다. 계속적 이행제공설은 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위해 당사자의 채무이행을 계속하여 상대방의 동시이행의 항변권을 소멸시킬 것을 요구한다. 반면 일시적 이행제공설은 당사자가 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위해서는 당사자가 자기의 채무이행을 한 번하여 상대방이 지체자가 되면 족하다고 본다. 그러나 현재 논의되고 있는 두 학설 모두, 앞서 I·II에서 살펴본 바와 같이 현실에 적용되기에는 그 의미가 명확하지 않으며 그 요건과 결과 또한 타당하지 않다는 비판이 있음을 보았다. 그러나 사건으로서 일시적 이행제공설을 지지하는바, 일시적 이행제공설에서의 한 번 이행으로 충분하다는 것에 대한 의미와 일시적 이행제공설의 이행의 의미를 정리하고, 사안에서 이를 적용함으로써 일시적 이행제공설의 타당성에 대해 살펴보려고 한다.

1. 일시적 이행제공설에서의 한 번 이행으로 충분하다는 의미

일시적 이행제공설은 계약 당사자가 한 번 이행함으로써 지체한 상대방에게 지체책임을 물을 수 있으므로 그 후에 계약 당사자의 이행에 대한 제한이 없기 때문에, 당사자의 이행이 처음부터 없는 것과 같아진 경우에도 상대방에게 지체책임을 묻게 하는 것은 쌍무계약과 동시이행의 항변권의 범리에 맞지 않다는 비판이 있다. 쌍무계약에서 양 당사자 모두 채무가 있으나 한 당사자만이 이행을 하였고 상대방은 이행을 하지 아니하였을 때 지체책임을 인정하려는 것이기 때문에, 당사자의 이행이 처음부터 그 이행이 없는 것과 같아진 경우에도 상대방에게 지체책임을 계속 물을 수 있다고 하는 것은 타당하지 않다고 보기 때문이다.

하지만 이러한 일시적 이행제공설에 대한 비판은 한 번의 이행으로 충분하다는 의미를 오해하므로 생긴 잘못된 비판이다.

1) 일시적 이행제공설에서의 이행준비

일시적 이행제공설의 단 한 번의 이행으로 상대방에게 지체책임을 물을 수 있다는 요건의 단 한 번의 이행은 본래 쌍무계약에서의 당사자가 지고 있는 채무이행을 의미한다. 예를 들어, 매매계약에서 매수인인 당사자가 매도인인 상대방에게 A 날짜에 장소 B에서 금 일천만원을 교부하기로 하였을 경우에, 일시적 이행제공설의 입장은 매수인인 당사자가 금 일천만원을 교부하기 위해 A 날짜에 장소 B에 한 번 나감으로 매도인인 상대방에게 지체책임을 물을 수 있다고 보는 것이다.

이에 반해 계속적 이행제공설의 입장에 따르면 매수인인 당사자가 A 날짜 이후에도 장소 B에 계속하여 금 일천만원을 지참한 상태로 나가야 된다고 보는 것이다. 다만 판례는 계속적 이행제공설의 위와 같은 이행제공의 계속을 완화하여, 매수인인 당사자가 금 일천만원을 준비하여 두고 신의성실에 맞는 간격에 따라 최고를 계속 할 것을 요구한다. 즉, 이행의 준비를 하고 최고의 계속을 하는 것이 계속적 이행제공설에 따른 이행의 계속이라고 보고 있는 것이다. 이러한 입장에 따라 계속적 이행제공설은

상대방을 지체에 빠뜨리고 난 후 당사자에게 아무런 제한을 두고 있지 않아 보이는 일시적 이행제공설은 쌍무계약의 모습에 맞지 않다고 비판하고 있다.

하지만 이러한 점은 일시적 이행제공설이 당사자에게 이행준비를 요하지 않는다는 오해에 비롯된 것이다. 일시적 이행제공설은 단지 계약상 당사자의 채무를 한 번 이행함으로써 상대방이 지체에 빠지고 그로 인해 당사자는 상대방에게 지체책임을 물을 수 있다고 보는 학설일 뿐이다. 따라서 쌍무계약의 성질로 인해 상대방이 채무이행을 할 것을 대비하여 당사자가 자기의 채무를 언제든지 이행할 수 있을 정도의 준비를 하는 것은 당연히 요구되는 것이지, 이를 배제하는 학설이 아니다. 즉, 일시적 이행제공설의 입장의 일시적 이행제공을 요한다는 것은 상대방을 지체에 빠뜨리기 위해 한 번 이행을 하는 것으로 족하다는 의미이며, 상대방이 채무이행할 수 있음을 대비하여 당사자가 자신의 이행을 준비해야 하는 것은 쌍무계약상 당연히 당사자가 하여야 하는 쌍무계약의 특질상 인정되는 당사자의 의무로 보아야 한다.²⁰⁸⁾ 만약 이러한 준비를 하지 못한 당사자가 상대방이 채무를 이행함으로써 본인이 지체 당사자가 되는 경우 또한 쌍무계약의 법리상 당연한 결과에 따르는 것이다.

일시적 이행제공설에서 이행준비를 배제하지 않는다는 모습은 앞서 본 쌍무계약에서의 계약해제와 관련한 판례에서 분명하게 찾아 볼 수 있다. 대법원 1996. 11. 26. 선고 96다35590·35808 판결에서는 “쌍무계약의 일방 당사자가 이행기에 한 번 이행제공을 하여서 상대방을 이행지체에 빠지게 한 경우, 신의성실의 원칙상 이행을 최고하는 일방 당사자로서는 그 채무이행의 제공을 계속할 필요는 없다 하더라도 상대방이 최고기간 내에 이행 또는 이행제공을 하면 계약해제권은 소멸되므로 상대방의 이행을 수령하고 자신의 채무를 이행할 수 있는 정도의 준비가 되어 있으면 된다”라고 판시하고 있다.²⁰⁹⁾ 판례에서 볼 수 있듯, 일시적 이행제공설의 입장에

208) 임건면, “쌍무계약에 있어서의 동시이행의 항변권과 불안의 항변권”, 비교사법, 제4권 제1호, 1997, 172면; 정기웅, “동시이행항변권”, 고시계, 제48권 제1호, 2003, 174면.

209) 자세한 것은 본 논문 제4장 제3절을 참조.

따라 상대방이 이행지체에 빠지게 되면 그 이후로 채무이행의 계속을 할 필요는 없으나, 상대방이 언제든지 채무이행을 할 수도 있기 때문에 이를 대비하여 당사자는 이행을 준비하여야 한다고 보고 있는 것이다. 이와 같이 계약해제와 관련한 이행준비는 쌍무계약이기 때문에 당사자에게 당연히 인정되는 의무인 것이다.

결론적으로 계속적 이행제공설에서 이행제공의 계속의 의미가 이행의 준비와 최고의 계속을 요하고 있기 때문에 계속적 이행제공설에서는 이행의 준비가 이행제공의 계속을 이루는 요건 중 하나라 보는 반면, 일시적 이행제공설에 따르면 이러한 이행의 준비는 쌍무계약상 당연히 당사자에게 인정되는 의무라 보고 있는 것이다. 따라서 일시적 이행제공설이 이행제공의 준비를 배제하는 학설이라 비판하는 것은 타당하지 않으며, 일시적 이행제공설의 단 한 번의 이행제공에서의 이행제공의 의미는 본래 쌍무계약상 당사자의 채무이행에 한한 의미로 새겨야 할 것이다.

2) 일시적 이행제공설에서 최고의 의미

일시적 이행제공설에서의 최고는 단 한 번으로 족하다. 이는 계속적 이행제공설에 따른 판례에서 신의성실에 따른 간격으로 최고의 계속을 요하는 것과는 확연히 다르다. 이는 일시적 이행제공설과 계속적 이행제공설의 본질적인 차이 때문에 발생하는 것이다. 한 번의 완전한 이행으로 충분하다고 보는 일시적 이행제공설은 언제든지 이행을 할 수 있다는 의사의 통지로서의 최고가 계속될 필요가 없다고 보기 때문이다. 계속적 이행제공설에서 신의칙상 인정되는 간격으로 최고의 계속을 요하는 것은, 이행을 한 당사자에게 가혹하고 불확실한 개념이며 이에 더하여 상대방의 동시이행의 항변권에 치우쳐 있는 해석이라 생각된다. 따라서 이행을 준비하여 한 번 당사자가 상대방에게 최고함으로써 상대방은 지체에 빠지며 그때부터 지체책임을 진다고 보아야 한다.

다만, 당사자의 이행이 완전하지 못하게 된 상태에서도 그 한 번의 최

고만으로 족할 것인지에 대해서는 다시 살펴볼 필요성이 있다. 예를 들어, 부동산매매계약에서 매도인인 당사자와 매수인인 상대방이 A 일시에 부동산 관련서류와 매매대금을 주고 받기로 하였으나 A 일시에 매수인이 매매대금을 준비하지 못한 경우, 일시적 이행제공설에 따르면 당사자는 부동산 관련 서류를 준비하여 상대방에게 수령할 것을 한 번 최고함으로써 상대방은 지체에 빠지고 지체책임을 지게 된다. 하지만 이와 같은 상황에서, 당사자가 준비한 서류가 B 일시로부터 그 효력을 잃은 경우에 어떻게 될 것인가와 관련한 문제이다.

이러한 경우 쌍무계약의 성격상 당사자는 당연히 자신의 이행인 서류의 준비를 다시 하여야 함에는 앞서 보았듯 문제가 없다. 하지만 이러한 사정을 알고 있어서 B 일시부터 자신이 동시이행의 항변권을 주장할 수 있음을 알고 있는 상대방에 대해 어떻게 하여야 할 것인가? 결론적으로 말하면, 일시적 이행제공설에 따르면 최고 또한 추가적인 최고가 필요 없다 할 것이다. 이는 계속적 이행제공설에서 이미 지체에 빠진 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로 최고의 계속을 요하는 것과는 다르다. 우리 민법의 지체책임의 법리에 의하면, 지체자는 자신의 지체책임을 면하기 위해 지체자 본인의 채무이행을 하여야 할 것을 요하고 있다. 따라서 계약당사자의 채무이행여부와 관계없이 지체한 상대방은 지체책임을 면하기 위해서 지체자 본인의 채무이행을 하여야 할 것을 요하며, 당사자의 일정한 행위 여부에 따라 지체자의 지체책임이 달라지는 것은 우리 민법의 지체의 법리와 맞지 않다. 다만 이러한 지체책임과 별개로, 당사자의 이행준비와 관련하여 지체 상대방에 대한 재준비 후의 최고까지 금지한다고 볼 수는 없을 것이다.

결론적으로 일시적 이행제공설에서의 한 번의 최고의 의미는 상대방을 지체에 빠뜨리기 위해서 당사자의 이행이 있었고 그 때부터 상대방이 지체에 빠진다는 것을 알리기 위한 의사의 통지로 한 번의 최고로 족하다는 의미이며, 이는 지체책임을 묻기 위해 계속적인 최고를 요하는 계속적 이행제공설의 입장과 다르다. 이러한 경우 우리 민법의 지체책임의 법리에

따라, 지체한 상대방은 자신의 지체책임에서 벗어나기 위해 자신의 채무이행을 하여야 하는 의무를 부담할 뿐이며 이행당사자의 어떠한 행위가 지체자의 책임에 영향을 주는 것은 아니라 할 것이다. 따라서 일시적 이행제공설에서의 최고의 의미는 상대방을 지체에 빠뜨리기 위한 한 번의 최고를 의미한다 할 것이다.

3) 일시적 이행제공설의 이행의 의미

결론적으로 일시적 이행제공설에서 이행의 의미는 다음과 같다.

가) 단 한번 이행의 제공과 이행의 최고는 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위해 필요한 요건이다. 따라서 당사자의 단 한 번의 이행의 제공과 최고로 인해 상대방은 지체자가 되며 이에 따라 당사자는 상대방에게 지체책임을 물을 수 있다.

나) 일시적 이행제공설의 단 한 번 이행을 요한다는 의미는 그 범위에서 당사자의 이행준비와는 관련 없는 것이다. 일시적 이행제공설의 이러한 요건은 본래의 계약의 채무이행만을 의미하기 때문이다. 그리고 쌍무계약에서 상대방이 자신의 채무이행을 할 때 당사자가 언제든지 이를 수령하고 본인의 채무이행을 할 수 있도록 준비하여야 하는 것은 쌍무계약상 당연히 인정되는 당사자의 의무라 할 것이다. 따라서 일시적 이행제공설에 따르더라도 당사자는 자신의 채무이행을 준비하여야 한다. 이러한 채무이행의 준비의 유무는 지체책임을 묻는 것과는 별개이며, 다만 이행의 준비를 하지 않음으로 후에 당사자가 지체자가 되는 경우와 같은 불이익은 전적으로 당사자가 책임을 져야 한다.

다) 일시적 이행제공설의 경우에 최고는 당사자를 지체에 빠뜨리기 위한 요건으로 한 번이면 족하다. 이러한 최고는 지체자에게 지체책임을 묻

기 위해 요구하는 계속적 이행제공설의 입장과 다른 개념이며, 지체자가 지체책임을 벗어나기 위해 지체자 자신의 채무이행을 하여야 할 것을 요한다 할 것이지 계약 당사자에게 어떠한 추가적인 의무를 부담하는 것은 우리 민법상 지체의 법리와 맞지 않다.

4) 일시적 이행제공설과 동시이행의 항변권

일시적 이행제공설을 동시이행의 항변권과 관련하여 살펴보면, 후에 지체자에게 동시이행의 항변권이 발생하였다 하더라도 이미 발생한 지체책임에 대해서는 저지할 수 없다고 보아야 할 것이다.²¹⁰⁾

이와 반대로 계속적 이행제공설은 이미 발생한 지체책임을 후에 발생한 동시이행의 항변권과 연결하여 보고 있다. 이는 선이행의무를 지체한 당사자에게 후행의무와 관련하여 동시이행의 항변권이 발생한 경우, 선이행의무에 대한 지체책임을 면하는 판례의 태도와 비슷한 면이 있다.²¹¹⁾

하지만 이러한 판례의 태도에 대해, 당사자가 지체책임을 면해주거나 불안의 항변권이 있을 경우가 아님에도 불구하고 지체책임이 없어진다고 보는 것은 옳지 않으며, 선이행의무자는 그 지체한 선이행의무에 대해 배상책임이 있다는 비판이 있다.²¹²⁾ 이러한 비판과 동일하게, 이미 발생한 지체책임에 대해서 후의 발생한 동시이행의 항변권과 연결하여 저지된다고 보는 것은 타당하지 않으며 이는 지체의 법리에도 맞지 않는다. 따라서 지체자가 후에 동시이행의 항변권을 주장할 수 있다 할지라도 이미 발생한 지체책임에 대해서까지 저지한다고 보는 것은 타당하지 않다.

2. 사안에서의 적용

일시적 이행제공설의 입장에 따라 지참채무에 있어서 부동산매매계약에서의 당사자의 이행제공, 금전·동산채무에서의 이행제공과 추심채무에서

210) 남효순, “이행거절권능의 법률관계”, 120-121면.

211) 대법원 2002. 3. 9. 선고 2000다577 판결.

212) 송덕수, 전제논문, 84면.

의 이행제공을 검토하여 본다.

1) 부동산매매계약에서의 매도인의 이행제공

부동산매매계약에서의 매수인을 지체에 빠뜨리게 하기 위한 매도인의 이행제공의 정도를 일시적 이행제공설의 입장에서 살펴보면 다음과 같다.

먼저 매도인은 소유권이전등기에 관한 서류를 준비하여 매수인에게 이행을 최고하여 매수인을 지체에 빠뜨려야 한다(일시적 이행제공설의 한 번 이행으로 충분하다는 요건). 그 후, 매도인은 소유권이전등기에 관한 서류를 계속하여 준비하여야 하며(쌍무계약의 특성상 매도인에게 주어지는 의무), 이러한 준비와 상관없이 매도인은 매수인이 지체에 빠지고 난 후로부터 매수인에게 지체책임을 물을 수 있다.

2) 금전·동산채무에서의 채무자의 이행제공

채무자가 금전이나 동산을 매매하거나 매수하는 계약에서 채무자가 상대방을 지체에 빠뜨리기 위한 이행제공의 정도를 일시적 이행제공설의 입장에서 살펴보면 다음과 같다.

먼저 채무자는 금전·동산채무를 이행할 준비를 하여 상대방의 주소지에 방문하여 상대방을 지체에 빠뜨려야 한다(일시적 이행제공설의 한 번 이행으로 충분하다는 요건). 그 후, 채무자는 금전·동산채무를 이행할 준비를 계속하여야 한다(쌍무계약 특성상 채무자에게 주어지는 의무). 이러한 준비와 상관없이 채권자는 채무자가 지체에 빠지고 난 후로부터 채무자의 지체에 대해 책임을 물을 수 있다.

3) 추심채무에서의 이행제공

추심채무에서의 당사자가 상대방을 지체에 빠뜨리게 하기 위한 당사자

의 이행제공의 정도를 일시적 이행제공설의 입장에서 살펴보면 다음과 같다.

먼저 당사자는 상대방이 언제든지 당사자의 주소지로 와서 추심하여 가져갈 수 있을 정도로 이행을 준비하고 상대방에게 수령할 것을 최고하여 상대방을 지체에 빠뜨려야 한다(일시적 이행제공설의 한번 이행으로 충분하다는 요건). 그 후, 당사자는 언제든지 상대방이 추심하러 온다면 교부해줄 수 있는 상태로 이행준비를 하여야 한다(쌍무계약 특성상 채무자에게 주어지는 의무). 이러한 당사자의 준비와 상관없이 당사자는 상대방이 지체에 빠지고 난 후로부터 상대방에게 지체책임을 물을 수 있다 할 것이다.

3. 소결

일시적 이행제공설은 당사자가 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 요건으로서 한 번 이행함으로써 상대방을 지체에 빠지게 할 것을 요하며, 지체에 빠뜨리게 하고 난 후 당사자는 쌍무계약의 특성상 이행제공의 준비를 하여야 할 것이고, 이와 관계없이 당사자는 지체자가 지체에서 벗어나지 않았다면 지체책임을 물을 수 있다고 할 것이다.

따라서 과도한 이행제공의 계속, 특히 판례에서 보이는 것처럼 최고의 계속을 요구하지 않음으로 계속적 이행제공설에 대한 비판점인 최고의 불명확성과 계약 당사자에 대한 가혹함이 해결될 수 있으며, 쌍무계약의 특성상 이행 당사자에게는 상대방이 이행한다면 언제든지 자기의 이행을 할 수 있을 정도의 이행의 준비를 당연히 요하므로 일시적 이행제공설에 대한 비판이 오해에서 비롯되었다는 점을 확인한다.

제 5 장 동시이행의 항변권의 효력

동시이행의 항변권의 효력은 항변권 성질로서의 효력, 존재의 효력, 행사의 효력으로 구분하여 살펴볼 수 있다.

제 1 절 항변권 성질로서의 효력

I. 이행거절권능

동시이행의 항변권의 효력은 항변권으로서 이행거절권능이 인정된다. 이는 우리 민법 제536조에서 명문으로 “상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다”라고 규정하고 있는 효력이다. 따라서 조문에서 규정하는 바와 같이, 동시이행의 항변권은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있는 항변권이며 이는 영구적 항변권이라고 볼 수 없고 일시적 항변권이다. 또한 이러한 항변권적 성질은 당사자의 이행을 거절할 수 있는 권능이 생길 뿐이지 그 채무 자체가 소멸하는 것은 아니다.²¹³⁾

II. 원용의 유무

동시이행의 항변권의 효력으로 이행거절권능이 당사자가 원용하여야 효력이 발생하는지 또는 원용하지 않아도 효력이 발생하는지에 대해 학설의 대립이 있다. 이에 대해 “제3장 제1절 II. 동시이행의 항변권의 법적 성

213) 송덕수, 전계논문, 86면.

질”에서 자세히 보았고, 사건으로는 원용불요설의 입장에 서 있음을 설명하였다.

따라서 동시이행의 항변권의 효력인 이행거절권능은 당사자가 원용하지 않더라도 그 효력이 발생한다고 보아야 한다. 또한 앞에서 설명하였듯이 이 때 인정되는 효력의 범위는 재판상까지 포함하는 범위가 아니라, 계약 당사자 간의 실체법 관계의 경우에만 동시이행의 항변권을 원용하지 않아도 인정되는 효력이라고 그 범위를 한정하여 보아야 한다. 즉, 쌍무계약 양 당사자 간의 실체적 관계에서는 원용불요설의 입장에서 원용하지 않아도 이행거절권능이 인정되며, 재판상에서는 민사소송법상 변론주의에 따라 당사자가 동시이행의 항변권을 원용하여야 그 효력이 인정된다고 할 것이다. 따라서 당사자의 주장이 없는 한 동시이행의 항변권의 존재를 고려하지 않는다는 판례의 입장과는 충돌하지 않는다.²¹⁴⁾

제 2 절 항변권 존재의 효력

동시이행의 항변권의 효력에는 동시이행의 항변권이 존재한다는 것만으로도 당사자에게 인정되는 효력이 있다. 이러한 동시이행의 항변권의 효력을 항변권 존재의 효력이라고 하며, 독일에서는 이러한 특성을 가지고 있는 효력을 당연효(ipso-iure Wirkungen)라고 한다.²¹⁵⁾ 우리 민법에서 인정되는 동시이행의 항변권의 존재의 효력으로는 지체저지효와 상계저지효가 있다.

214) 대법원 1955. 4. 7. 선고 4287민상368 판결; 대법원 1955. 4. 21. 선고 4287민상287 판결; 대법원 1967. 9. 19. 선고 67다1231 판결; 대법원 1990. 11. 27. 선고 90다카25222 판결; 대법원 2006. 2. 23. 선고 2005다53187 판결.

215) 양창수, “동시이행의 항변권”, 고시계, 1990. 7, 101면.

I. 지체저지효

쌍무계약의 양 당사자에게 동시이행의 항변권이 인정되는 경우에 비록 이행기에 이행을 하지 않았다고 하더라도 이행지체가 되지 아니하며 따라서 이행지체를 이유로 한 손해배상책임이나 계약해제권이 발생하지 않는다. 이는 동시이행의 항변권의 존재만으로 채무자가 자기의 채무를 이행하지 않을 수 있음을 정당화 하는 사유가 되기 때문이다.²¹⁶⁾ 따라서 계약 당사자 중 일방이 상대방에게 지체책임을 묻고자 할 때, 먼저 자기의 이행을 하여 상대방의 동시이행의 항변권을 상실시켜야만 지체책임에 따른 손해배상청구나 계약해제가 가능하다.²¹⁷⁾

이러한 동시이행의 항변권의 지체저지효는 원용하지 않아도 항변권의 존재로 인정되는 효력이다. 다수설인 원용설 또한 이러한 효력은 원용을 하지 않아도 인정되는 예외적 효력이라고 보고 있고, 소수설인 원용불요설은 이러한 점을 동시이행의 항변권의 효력은 원용이 필요하지 않다는 것을 보여주는 근거로 보고 있다. 판례는 “쌍무계약에서 쌍방의 채무가 동시이행관계에 있는 경우 일방의 채무의 이행기가 도래하더라도 상대방 채무의 이행제공이 있을 때까지는 그 채무를 이행하지 않아도 이행지체의 책임을 지지 않는 것이며, 이와 같은 효과는 이행지체의 책임이 없다고 주장하는 자가 반드시 동시이행의 항변권을 행사하여야 발생하는 것은 아니므로”라고 판시하므로,²¹⁸⁾ 지체저지효는 당사자가 원용하지 않아도 그 존재로서 인정되는 효력이라고 보고 있다.

II. 상계금지효

216) 박윤직, 채권각론, 66면; 양창수, 전게논문, 101면; 송덕수, 전게논문, 87면.

217) 대법원 1967. 7. 8. 선고 69다337 판결.

218) 대법원 2001. 7. 10. 선고 2001다3764 판결.

쌍무계약의 양 당사자는 동시이행의 항변권이 붙어 있는 채권을 자동채권으로 하여 상계하지 못한다. 이는 학설과 판례가 일치하여 인정하는 동시이행의 항변권의 존재의 효과이다.²¹⁹⁾ 그 이유는 만약 자동채권으로 상계하게 되면 그 채권의 당사자는 동시이행의 항변권을 행사할 수 있는 기회를 상실하게 되는 부당한 결과가 발생하기 때문이다.²²⁰⁾ 그러나 그럼에도 불구하고 당사자가 동시이행의 항변권을 포기하고 자신의 채권을 수동채권으로 하여 상계하는 것까지 금지하는 것은 아니다.²²¹⁾

제 3 절 항변권 행사의 효력

항변권 행사의 효력이란 동시이행의 항변권을 재판상 행사하였을 경우의 효력을 말한다.²²²⁾ 독일은 민법 제322조 제1항에서 이러한 경우 상환이행판결을 하라고 명문으로 규정하고 있으나 우리 민법에는 규정이 없다. 그러나 이와 같은 경우 규정이 없음에도 불구하고 학설과 판례는,²²³⁾ 동시이행의 항변권이 붙은 채무를 소송상 청구하였을 경우 법원은 동시이행의 항변권이 피고에게 인정되는 경우에 원고패소 판결이 아니라 피고에게 원고의 이행과 상환으로 이행하여야 한다는 상환이행의 판결을 하여야 한다고 일치된 견해를 가지고 있다. 또한 상환이행판결이 확정되어 원고가 강제집행을 하고자 할 때, 원고의 급부가 이행되었다는 요건은 민사집

219) 대법원 1975. 10. 21. 선고 75다48 판결; 대법원 2004. 7. 9. 선고 2001다81245 판결; 대법원 2006. 7. 28. 선고 2004다54633 판결.

220) 대법원 1969. 10. 28. 선고 69다1084 판결.

221) 송덕수, 전계논문, 87면; 오시영, 전계논문, 31면.

222) 필자는 기본적으로 원용불요설의 입장에 서 있다. 따라서 위에서 말하는 항변권 행사의 효력은 원용설에서 말하는 범위에서의 행사의 효력을 말하는 것이 아니라, 원용불요설의 입장에서 재판상 동시이행의 항변권을 주장하는 경우만을 의미 한다.

223) 대법원 197. 11. 10. 선고 77마371 판결; 대법원 1980. 2. 26. 선고 80다56 판결; 대법원 2013. 1. 10. 선고 2012다75123·75130 판결.

행법 제30조 제2항의 법원이 집행력 있는 판결정본을 부여하기 위한 요건이 아니라 민사집행법 제41조의 집행관 기타 집행기관이 강제집행을 개시하기 위한 요건이라 본다.

제 6 장 결론

1) 동시이행의 항변권이란 쌍무계약에서 상대방이 자신의 채무이행을 하지 않고 당사자에게 이행을 청구하였을 때 당사자가 자신의 채무이행을 거절할 수 있는 권리이다. 이러한 동시이행의 항변권은 쌍무계약의 특질 중 하나인 이행상 견련성과 관련되어 우리 민법 제536조에서 규정하고 있다. 동시이행의 항변권을 인정하는 취지는 쌍무계약상 대가적 의미를 가지고 있는 채무관계에서 당사자가 자신의 채무이행을 하지 않고 계약 상대방에게 이행을 청구하는 것은 공평과 신의칙에 어긋나기 때문에, 이러한 불공평을 해소하므로 당사자 사이에 공평을 찾기 위함이다. 따라서 동시이행의 항변권이라 함은, 양 당사자 중 일방이 자기의 채무이행이 없이 계약 상대방에게 채무이행을 청구하였을 경우 이행의 청구를 받은 계약 상대방이 공평과 신의칙에 의해 거절할 수 있는 권능이라 할 것이다.

2) 이러한 동시이행의 항변권은 UN국제물품매매협약(CISG), 유럽민사법의 공통기준안(DCFR)을 비롯한 국제조약에서도 그 모습이 인정되며, 독일과 스위스, 일본 등에서도 인정되고, 영미법에서는 동시조건의 모습으로 인정된다. 특히 판례로 동시이행의 항변권을 인정해왔던 프랑스 민법이 약200년 만에 민법을 개정함에 따라 동시이행의 항변권을 명문상 규정으로 신설하였다는 것에 대해 살펴보았다.

3) 이러한 동시이행의 항변권의 효력을 누리기 위해 당사자가 이를 원용하여야 하는지에 대해 현재 다수설과 판례는 원용설의 입장으로, 원용을 하여야만 당사자가 동시이행의 항변권의 효력을 누릴 수 있다고 본다. 이러한 원용설은 민사소송법상 변론주의와 항변권의 전통적인 의미, 그리고 묵시적 원용의 개념 등을 그 근거로 둔다. 하지만 우리의 동시이행의 항변권은 1) 독일의 동시이행의 항변권의 개념과 다르게 볼 필요가 있다

는 점, 2) 쌍무계약에서의 청구권의 파악에 있어 제한된 청구권으로 파악하여야 한다는 점, 3) 실체법과 소송법의 모습을 구분하여 동시이행의 항변권을 이해하여야 한다는 점을 살펴보므로써, 원용설에 대한 검토와 사건으로서 지지하는 원용불요설의 타당성에 대해 검토하였다.

4) 또한 지체자와 동시이행의 항변권과 관련하여, 쌍무계약에서 자신의 채무 이행을 지체한 상대방의 경우에도 동시이행의 항변권으로 당사자에게 대항할 수 있는 지에 대해 다수설과 판례는 동일하게 지체자라 하더라도 동시이행의 항변권을 행사할 수 있다고 보았다. 사건으로 다수설과 판례의 입장이 타당하다고 생각한다. 동시이행의 항변권은 신의칙과 공평의 법리에 따라 상대방에 대해 자기의 채무의 이행을 담보하는 것이므로, 지체한 상대방이라 하더라도 당사자의 채무이행과 동시에 이행을 할 수 있도록 하기 위해 동시이행의 항변권이 인정되어야 하기 때문이다.

5) 이에 더하여 동시이행의 항변권과 관련하여서, 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 당사자의 이행의 정도에 대해서 살펴보았다. 학설과 판례는 계속적 이행제공설의 입장으로 상대방에게 동시이행의 항변권이 발생하면 지체책임을 묻지 못하므로, 동시이행의 항변권을 소멸시키기 위한 요건으로 당사자가 자신의 채무이행을 계속적으로 하여야 한다고 보고 있다. 하지만 이러한 계속적 이행제공설의 요건은 이행당사자에게 부당한 의무의 부과이며, 계속이라는 의미 또한 불분명하고, 더불어 이러한 계속적 이행제공설의 입장은 우리 민법의 지체의 법리와 맞지 않는다. 또한 당사자가 계약을 해제하고 지체책임을 물을 때와 그 요건이 상이함으로써 주는 문제와 혼란에 대해 살펴보았다.

이에 다수설과 판례와 다르게, 지체책임을 묻기 위한 당사자의 이행의 정도에 대해 일시적 이행제공설의 타당성에 대해 정리하였다. 일시적 이행제공설의 입장에 따르면, 계속적 이행제공설과 달리 이행당사자에게 부당한 의무를 부과하지 않는다는 점, 우리 민법의 지체의 법리에도 일치된

다는 점을 살펴보았으며, 특히 계속적 이행제공설의 이행제공의 계속이라는 의미를 정의하기가 어렵다는 것을 판례를 분석함으로써 확인하였다. 또한 계속적 이행제공설의 입장에서 일시적 이행제공설을 비판한 점들에 대해 재비판을 함으로써, 일시적 이행제공설의 입장에 의해서도 이행의 준비는 쌍무계약의 특성상 필요하다는 점과 최고의 의미에 대해 살펴보았다. 이와 같이 일시적 이행제공설의 타당성을 살펴보았으며, 판례에서 보이는 여러 사례들에 대해 일시적 이행제공설이 어떻게 적용되어야 하는지 정리하였다.

6) 결론적으로, (1) 동시이행의 항변권은 원용하지 않아도 그 효과가 발생한다는 점, (2) 선이행의무를 지체한 자에게도 동시이행의 항변권이 인정되어 동시이행이 확보되어야 하는 점, (3) 쌍무계약에서 지체한 상대방에게 지체책임을 묻기 위한 당사자의 이행의 정도는 일시적 이행제공설의 입장이 타당하다고 생각한다.

참 고 문 헌

1. 국내 단행본 (가나다 순)

주해・주석서

곽윤직 편집대표, 민법주해 XⅢ, 채권(6), 박영사, 1997.

김용담 편집대표, 주석민법, 채권각칙(1), 한국사법행정학회, 제4판, 2016.

_____, 주석민법, 채권각칙(2), 한국사법행정학회, 제4판, 2016.

박준서 편집대표, 주석민법, 채권각칙(1), 한국사법행정학회, 제3판, 1999.

민의원법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록(상), 1957.

단행본

강봉석, 채권각론, 법영사, 2010.

곽윤직, 채권각론, 박영사, 제6판, 2005.

_____, 채권각론, 박영사, 신정판, 1995.

곽윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 제9판, 2005.

권철, 일본민법전, 법무부, 2011.

김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1988.

김상용, 채권각론, 화산미디어, 2009.

김성수 역, 대만민법전, 법무부, 2012.

김주수, 채권각론, 삼영사, 제2판, 1997.

김학동·김증한, 채권각론, 박영사, 2006.

김형배, 채권각론, 박영사, 제2판, 2001.

김형배·김규완·김명숙, 민법학강의, 신조사, 제14판, 2015.

법무부·Christian von Bar외 10인(안태용 역), 유럽민사법의 공통기준
안(총칙·계약편), 법무부, 2012.

석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010.

송덕수, 채권법각론, 박영사, 2014.

_____, 민사판례연구, 박영사, 2003.

양창수·김재형, 계약법, 박영사, 2014.

양창수, 독일민법전, 박영사, 2008.

엄동섭, 미국계약법II, 법영사, 2012.

오시영, 채권각칙, 학현사, 2010.

올란도·휴빌/김재형 역, 유럽계약법원칙 I·II, 박영사, 2013.

윤진수, 민법기본판례, 홍문사, 2016.

윤철홍, 채권각론, 법원사, 2015.

이은영, 채권각론, 박영사, 제5판, 2007.

이호정, 영국계약법, 경문사, 2003.

일본 민법(채권법)개정검토위원회, 일본 채권법개정의 기본방침, 법무부,
2009.

지원림, 민법강의, 홍문사, 제12판, 2014.

채성국, 중국의 계약책임법, 경인문화사, 2008.

황적인, 현대민법론(4), 박영사, 1980.

2. 국내 논문 (가나다 순)

강일원, “동시이행의 항변과 이행지체로 인한 손해배상”, 민사재판의 제 문제 제9권, 1997.

김상일, “항변(Einwendung)과 항변권(Einrede)”, 비교사법 8권 제1호, 한국비교사법학회, 2001.

김선국, “미국계약법연구서설”, 재산법연구 제23권, 한국재산법학회, 2007.

김영희, “미국 계약법상 동시이행 원칙”, 재산법연구 32권, 한국재산법학회, 2015.

_____, “항변과 항변권 - 과거와 현재-”, 민사법학 42호, 한국민사법학회, 2008.

남효순, “동시이행관계와 지체책임 (대법원 1995. 3. 14. 선고 94다26646 판결)”, 민사판례연구 18집, 2003.

_____, “이행거절권능의 법률관계”, 서울대학교 법학 제42권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2001. 12.

_____, “동시이행 항변권 이론의 재구성”, 고시계 제42권 제8호(통권 486호), 1997. 7.

_____, “동시이행관계의 본질 및 내용 - 동시이행항변권의 발생시기, 지체자와 동시이행항변권, 동시이행관계의 본질 및 내용”, 후암곽윤직선생 고회기념논문집, 1995.

_____, “나뿔레옹과 프랑스민법전”, 법사학연구 제15호, 한국법사학회, 1994.

박영복, “동시이행의 항변권의 요건사실과 그 주장·증명책임”, 외법논집 제40권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016, 8.

성준호·김진, “동시이행항변권의 효과에 관한 소고”, 비교사법 16권 제2호, 한국비교사법학회, 2009. 6.

성준호, “쌍무계약의 특수한 효력으로서 동시이행항변권에 관한 검토 - 본질에 관한 논의를 중심으로-”, 성균관법학 제20권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2008. 8.

송덕수, “동시이행의 항변에 관한 고찰”, 이화여자대학교 법학논집 제10권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2006. 3.

양창수, “동시이행의 항변권”, 고시계 제35권 제7호(통권401호), 1990. 7.

오문기, “동시이행의 항변권의 근거 및 인정 범위”, 재판과 판례 10집, 대구판례연구회, 1999, 11.

오시영, “주택임대차의 대항력과 동시이행항변권”, 재산법연구 제32권, 한국재산법학회, 2015. 11.

이동진, “채권양도, 부당이득, 동시이행”, 비교사법 22권 제1호, 한국비교사법학회, 2015. 2.

이은영, “쌍무계약과 동시이행의 항변권, 고시연구 제14권 제7호(통권 160호), 1987, 7.

임건면, “쌍무계약에 있어서의 동시이행의 항변권과 불안의 항변권”, 비교사법, 한국비교사법학회, 1997.

임성권, “동시이행관계와 이행지체에 관한 판례평석”, 법학연구(1999.12), 인하대학교 법학연구소, 1999.

정기웅, “동시이행항변권”, 고시계 제48권 제1호(통권 제551호), 2003.

정문성, “동시이행의 항변권”, 비교법학 제8집, 전주대학교, 2008.

정옥태, “동시이행의 항변권”, 고시연구 제17권 제12호(통권 제201호), 1990. 12.

제철웅, “민법 제536조의 동시이행의 항변권에 관한 몇 가지 문제점”, 인권과 정의, 제241호, 1996. 9.

필립뒤피쇼, “채권법개정 일반에 대한 개관”, 민사법학 제74호, 한국민사법학회, 2016, 3.

3. 국내 저널

김상용, “쌍무계약에서 변제의 제공을 한 후 이를 중지한 당사자의 상대방에 대한 이행지체를 원인으로 한 손해청구의 여부”, 법률신문 제2419호.

_____, “쌍무계약에서 변제의 제공을 한 후 이를 중지한 당사자의 상대방에 대한 이행지체를 원인으로 한 손해청구의 여부<하>”, 법률신문 제2420호.

4. 외국 문헌 (영미, 프랑스, 일본 순)

Ole Lande · Hugh Beale, Principles of European Contract Law · Part I and II, Kluwer Law International, 2000.

Barthélemy MERCADAL, Réforme du droit des contrats, Editions Francis Lefebvre, 2016.

Corinne Renault-Brahinsky, L'essentiel de la Réforme du Droit des obligations, Gualino, 2016.

Gael chantepie · Mathias latina, La réforme du droit des obligation, 1^{re}édition, Dalloz, 2016.

Olivier Deshayes · Thomas Genicon · Yves-Marie Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, LexisNexis, 2016.

Philippe DUPICHOIT, “Introduction générale à la réforme des obligations”, Réforme de droit des obligations(2015 양리까빼땅회의), 서울대학교 법학연구소, 2015.

Brigitte Basdevant-Gaudemet · Jean Gaudemet, Introduction historique au droit, L.G.D.J, 3édition, 2010.

新版 注釋民法, 債權(4), 有斐閣, 1996.

Résumé

L'étude sur l'exception d'inexécution

– la nécessité de l'invocation de l'exception
d'inexécution et les conditions de la responsabilité du
retard d'exécution par l'exception d'inexécution –

Park Jun Hyeok

Faculté de Droit

Université nationale de Séoul

L'article 536 du Code civil coréen prescrit l'exception d'inexécution. S'agissant de cette exception, il y a de grandes problèmes théoriques. En premier lieu, il se pose la question de savoir si l'on doit invoquer l'exception d'inexécution pour qu'il se prévaloir de ses effets. Selon la théorie majoritaire et la jurisprudence, il est nécessaire d'invoquer l'exception d'inexécution, c'est «*la théorie de l'invocation*». Cependant, ce n'est pas le cas des dommages du retard d'exécution et de l'interdiction de la compensation. Selon cette théorie, celles-ci s'imposent sans l'invocation de l'exception d'inexécution. Les auteurs de la théorie majoritaire font valoir les suivants comme les fondements ; 1) l'exception d'inexécution coréenne est influencée par l'Allemande, 2)

dans la procédure civile, la partie doit invoquer l'exception d'inexécution pour faire naître ses effets. Mais, à notre sens, ces fondements ne sont pas suffisamment justifiés pour des raisons suivantes. 1) Il y a de grandes différences entre l'exception coréenne et celle d'allemande, 2) «*l'exception*» de l'inexécution n'est pas la même que «*le droit*» d'exception en général. 3) «*le droit*» d'exception se diffère d'exception dans la procédure civile. C'est la raison pour laquelle «*la théorie de la non-involution*» attire notre attention.

En second lieu, pour que naisse la responsabilité du retard par l'exception d'inexécution, il est exigé que l'offre réelle pour exécution soit obligation par le débiteur soit continue, c'est «*la théorie de l'offre continue d'exécution*». C'est-à-dire que, pour qu'une partie puisse demander à l'autre les dommages-intérêts, elle doit faire l'offre continue d'exception. Cependant, il y a peu d'arrêts qui font savoir quelle est l'offre continue. Selon la jurisprudence, il faut que soient continues, d'une part, la préparation d'exécution et, d'autre part, la sommation. Mais, à notre sens, cette notion inquiète la partie intéressée et impose des obligations additionnelles injustes à celui qui invoque l'exception d'inexécution. Au contraire, «*la théorie minoritaire*», ce n'est pas la peine pour une partie de faire l'offre continue d'exécution. Une fois faire l'offre réelle soit par notification, c'est l'autre partie qui doit prendre l'initiative pour se libérer de la responsabilité du retard d'exécution. C'est «*la théorie d'exécution temporelle*». C'est elle qui à notre sens, s'accorde avec le régime de la résolution et de la mise en demeure.

En fin, 1) pour faire naître des effets de l'exception d'inexécution, l'invocation n'est pas nécessaire, 2) concernant la responsabilité du

retard de l'obligation, il suffit l'offre temporelle de la part du débiteur.

Mots-clés : L'exception d'inexécution, La théorie de la non-invocation, La responsabilité du retard d'exécution, La théorie d'exécution temporelle.

Numéro d'étudiant : 2015-21419